DAS FORUM PROROGATUM.

EIN BEITRAG ZUR LEHRE VON DER ZUSTÄNDIGKEIT.

DISSERTATION
DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

ZUR ERLANGUNG DER WÜRDE
EINES DOKTORS BEIDER RECHTE

VON

JOSEF WEISSMANN
ZÜRICH

Genehmigt auf Antrag
von Prof. Dr. H. Fritzsche

1935

Das Forum Prorogatum.

Ein Beitrag zur Lehre von der Zuständigkeit.

Dissertation
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

JOSEF WEISSMANN
ZÜRICH

Genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. H. FRITZSCHE

Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hiedurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 21. Januar 1935.

Der Dekan
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät:
Prof. Dr. Z. Giacometti.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner Mutter

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507203_0007

Inhaltsverzeichnis.

Seite

HISTORISCHE EINLEITUNG 7

ALLGEMEINER TEIL:

Der Begriff der Prorogation 15

Die Abgrenzug der Prorogation von verwandten Instituten 20

Die rechtliche Natur der Prorogation 28

Entstehung und Untergang der Prorogation 39

Willensmängel 45

Inhalt und Schranken der Prorogation 47

Die Uebertragbarkeit der Prorogation 54

Der Zuständigkeitsgrund der vorbehaltlosen Einlassung (Die Fiktion der „stillschweigenden Vereinbarung") 59

Die Einrede der Prorogation 73

BESONDERER TEIL:

Die Prorogation im schweizerischen Recht. — Zusammenfassende Darstellung der Regelung der Prorogation in den kantonalen Zivilprozeßordnungen 79

Die Prorogation im Hinblick auf die verfassungsmäßige Garantie des Wohnsitzrichters (BV. Art. 59) 89

Das Bundesgericht als forum prorogatum (Art. 52 des BG. über die Organisation der Bundesrechtspflege) 102

Literaturverzeichnis 107

HISTORISCHE EINLEITUNG.

Die moderne Lehre von der Prorogation knüpft an das römische Recht an. Der Ausdruck prorogatio fori dürfte zwar erst späteren, kanonischen oder gemeinrechtlichen Ursprungs sein, geht aber auf das klassische römische Recht zurück. Das Wesen der römischrechtlichen Prorogation ist in der Literatur eingehend beleuchtet worden, desgleichen ihre Fortentwicklung im kanonischen und gemeinen Recht.[1]) Wir beschränken uns daher darauf, in knappen Zügen auf diejenigen Momente in der geschichtlichen Entwicklung hinzuweisen, die zum besseren Verständnis des heutigen Rechtszustandes dienen können.

In einem gewissen Sinne beruht der römische Zivilprozeß überhaupt entscheidend auf der Prorogation, d. i. auf der Vereinbarung der Prozeßparteien, durch die ein an sich unzuständiger Richter für den konkreten Fall zuständig wird. Endete doch das Verfahren in jure, vor dem Magistrat, normalerweise mit der Bestellung eines Privatmannes als judex durch die übereinstimmende Willenserklärung der Parteien. Erst ihre Vereinbarung autorisiert den judex. Es kann demnach niemand als Richter fungieren, den nicht Kläger und Beklagter als Richter wollen.[2]) Doch nicht hiervon soll die Rede sein, sondern von der Prorogation des römischen Rechts im engeren Sinne, und das bedeutet die Prorogation in jure, zur Hauptsache also die Prorogation des Praetors.

Auch diese Form der Prorogation ist im römischen Recht in weitem Umfang zugestanden und nimmt im Laufe der Entwicklung einen immer größeren Raum ein. Im Ediktskommentar des Ulpian wird darauf hingewiesen, daß die Lex Julia Judiciorum (Privatorum) eine Bestimmung

[1]) Reatz, Der Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung, Giessen 1859; C. Deybeck, Der Gerichtsstand der Vereinbarung in historischer und dogmatischer Darstellung, Erlangen 1888; R. Adam, Die civilprozessuale Zuständigkeitsvereinbarung in geschichtlicher Entwicklung, München 1888; H. Sperl, Vereinbarung der Zuständigkeit und Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach dem neuesten österreichischen Civilprozeßrecht, Graz 1897. Vergl. auch L. Wenger, Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts, München 1925, S. 21, 40 ff., sowie M. Wlassak, Römische Prozeßgesetze, Bd. I, Leipzig 1888, S. 124 ff. und 203.

[2]) Vergl. Wenger, a. a. O., S. 41.

enthalten habe, wonach sich die Parteien grundsätzlich der Jurisdiktion eines an sich unzuständigen Praetors unterwerfen können (D 5 [de judiciis], 1, 2, 1).[3]) Nachdem die Lex Aebutia und die erwähnte augusteische Lex Julia Judiciorum dem Formularprozeß zum Sieg über die alten Legisaktionen verholfen hatten, kann durch prorogatio fori nunmehr auch vor dem praetor peregrinus statt vor dem praetor urbanus ein judicium legitimum für den einzelnen Fall begründet werden.[4]) Die römischen Bürger konnten demnach, immer ihr gegenseitiges Einverständnis vorausgesetzt, zwischen dem Stadt- und dem Fremdenpraetor wählen. Wlassak nimmt an, daß der Fremdenpraetor zur Zeit der Antonine auf Grund einer Prorogation fast ebenso häufig inter cives Recht sprach wie inter peregrinos; dies dürfte zum guten Teil damit zusammengehangen haben, daß der Fremdenpraetor im Maße, in dem sich der Kreis der Civität mehr und mehr erweiterte, der weniger beschäftigte war und sich dem einzelnen Fall daher intensiver zu widmen in der Lage war als der Stadtpraetor.[5])

Nachdem das Prorogationsrecht mit der Zeit allgemeine Anerkennung erlangt hatte, fand es als ein grundsätzliches Recht Eingang auch in die justinianische Gesetzgebung. Insbesondere ist hier die Digestenstelle D 5, 1, 1 (Ulpian) heranzuziehen:

„Si se subjiciant aliqui jurisdictioni et consentiant, inter consentientes cuiusvis judicis, qui tribunali praeest vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio.“ [6])

Als die wesentlichen Voraussetzungen für das Zustandekommen einer rechtswirksamen Prorogation ergeben sich demnach: der Konsens, d. i. die eigentliche interne Zuständigkeitsvereinbarung zwischen den Prozeßparteien, und, als zusätzliches Moment, die subjectio, die Unterwerfung der Parteien unter den an sich unzuständigen Richter im konkreten Fall. Diese subjectio kann ausdrücklich wie auch konkludent, nämlich durch vorbehaltlose Einlassung auf den Prozeß vor dem unzuständigen Richter, erfolgen, was man heute als stillschweigende Zuständigkeitsvereinbarung zu bezeichnen pflegt. Mit dem Konsens der Parteien wird es streng genommen, wie ja ganz allgemein die Willenstheorie im römischen Recht weit seltener durchbrochen wird als heute. Die

[3]) Vergl. auch Wenger, a. a. O., S. 40/41, sowie P. F. Girard, Les leges Juliae judiciorum publicorum et privatorum, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung, Bd. 34, S. 295 ff., speziell S. 334/36. Deybeck nimmt an, die Lex Julia habe bezüglich der Prorogation nur ein bereits bestehendes Gesetz oder Gewohnheitsrecht sanktioniert (a. a. O., S. 2).

[4]) Vergl. Wenger, a. a. O., S. 20/21, Wlassak, a. a. O., S. 203.

[5]) Vergl. Wlassak, Ibidem.

[6]) Girard hält D 5, 1, 1 für interpoliert (a. a. O., S. 334/36).

Parteien müssen das Zuständigwerden des eigentlich unzuständigen Richters wirklich gewollt haben. Eine stillschweigende Vereinbarung der Zuständigkeit wird daher ganz folgerichtig erst angenommen, „wenn der Kläger wissentlich und absichtlich die Klage beim unzuständigen Richter erhebt und der Beklagte sich stillschweigend, ohne den Einwand der Unzuständigkeit vorzubringen, aber ebenfalls in Kenntnis der letzteren, auf die Klage einläßt".[7]) Hielt der Beklagte daher beispielsweise den unzuständigen Richter irrtümlicherweise für zuständig, so wurde dieser durch die subjectio des Beklagten nicht zuständig. Ganz deutlich kommt diese Auffassung in D 5, 1, 2 pr. (Ulpian) zum Ausdruck: „Consensisse autem videntur, qui sciant se non esse subjectos jurisdictioni eius, et in eum consentiunt. Ceterum si putent eius jurisdictionem esse, non erit eius jurisdictio, error enim litigatorum, ut Julianus quoque libro primo Digestorum scribit, non habet consensum...." Das römische Recht operiert bestenfalls mit einer (umstoßbaren) Praesumtion, nicht aber mit der heute aus Zweckmäßigkeitsgründen vielfach angewandten Fiktion, der Beklagte habe durch die vorbehaltlose Einlassung vor dem unzuständigen Richter der Prorogation konkludent und schlechthin zugestimmt, was einer Präklusion der Unzuständigkeitseinrede gleichkommt, da die Fiktion eine Widerlegung begriffsmäßig ausschließt.

An den Erfordernissen des consensus und der subjectio hat, wie gezeigt, auch Justinian festgehalten. Ungeachtet der Tatsache, daß das Corpus Juris Civilis den Parteien eine größere Dispositionsfreiheit im Zivilprozeß gewährte als dies bisher der Fall war, hat Justinian sich doch nicht entschließen können, vom Erfordernis der subjectio abzusehen und die bloße Parteiabrede als zuständigkeitsbegründend zu erklären. Einen Schritt in dieser Richtung hat er immerhin insofern gemacht, als er den außergerichtlichen Verzicht einer Partei auf einen privilegierten Gerichtsstand zugunsten des ordentlichen — wohl der Urfall der Prorogation überhaupt[8]) — als solchen für zulässig und für rechtswirksam bezeichnete.[9])

Ein weiteres Erfordernis der Prorogation, es ergibt sich ebenfalls aus D 5, 1, 1, ist, daß der Richter, auch wenn er im konkreten Fall, etwa im Hinblick auf die beteiligten Personen, nicht zuständig ist, doch

---

[7]) Adam, a. a. O., S. 34. Ebenso Reatz: „Die Partei muß wissen, daß der Magistrat, dem gegenüber sie ihren Unterwerfungswillen erklärt, gesetzlich inkompetent ist; ihre Absicht muß demnach auf Begründung der Gerichtsstandspflicht gerichtet sein" (a. a. O., S. 69).

[8]) Vergl. Deybeck, a. a. O., S. 2.

[9]) Vergl. hierüber Reatz, a. a. O., S. 106 ff., und Adam, a. a. O., S. 49 ff.

an sich Juristiktionsgewalt, Gerichtsbarkeit, besitzen muß. Hierin liegt wie heute ein wesentlicher Unterschied zum Schiedsgericht, durch das normalerweise die staatliche Gerichtsbarkeit gerade ausgeschlossen und ein Privatmann, der vorher also überhaupt keine Gerichtsbarkeit besaß, durch die Parteien zum Richter berufen wird.

Während dagegen heute die Zivilprozeßordnungen vielfach, so die meisten kantonalen Zivilprozeßordnungen in der Schweiz, dem prorogierten Richter ein mehr oder weniger weitgehendes Recht einräumen, die Prorogation abzulehnen und damit die Beurteilung des konkreten Falles von sich zu weisen, wird man für das römische Recht als Grundsatz annehmen dürfen, daß keine Annahme der Prorogation durch den Richter erforderlich ist. Ulpian bemerkt in seinem Ediktskommentar: „Convenire autem utrum inter privatos sufficit an vero etiam ipsius praetoris consensus necessarius est? lex Julia judiciorum ait ‚quo minus inter privatos conveniat': sufficit ergo privatorum consensus..." (D 5, 1, 2, 1).[10])

Auch materiell ist der Prorogation im römischen Recht ein weiter Spielraum gelassen. Sie ist insbesondere auch zulässig hinsichtlich der sachlichen (und funktionellen) Zuständigkeit. So können die Parteien beispielsweise durch ihre Vereinbarung einen Richter zuständig machen, obwohl der Streitwert seine gesetzliche Kompetenz übersteigt: „Judex qui usque ad certam summam judicare jussus est, etiam de re majore judicare potest, si inter litigatores conveniat" (D 5, 1, 74, 1, Julian). Es handelt sich hier um einen Anwendungsfall der Prorogation, dem wir heute besonders häufig in den kantonalen Zivilprozeßordnungen der Schweiz begegnen, wo er zumeist der Vereinfachung des Rechtsweges, nämlich der Verkürzung des Instanzenweges dient.

Unbekannt ist dem heutigen Recht hingegen die weitere Form der Prorogation im römischen Recht, wonach die Parteien durch ihre Vereinbarung nicht die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Richters begründen, sondern lediglich die Frist, innerhalb deren der Richter das Urteil zu fällen verpflichtet ist, rechtswirksam verlängern, soweit dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. In D 5, 1, 2, 2 sagt Ulpian: „Si et judex ad tempus datus et omnes litigatores consentiant, nisi specialiter principali jussione prorogatio fuerit inhibita, possunt tempora, intra quae jussus est litem dirimere, prorogari." Diese letzte Er-

[10]) Vergl. auch Girard, a. a. O., S. 335, Fußnote. Anderer Meinung: Reatz, S. 106 ff., und Adam, S. 49 ff. Wlassak hält zwar ebenfalls die Zustimmung des Praetors zur Prorogation für überflüssig, nimmt aber an, daß der Praetor unbeschadet dieses Grundsatzes die Behandlung der Sache habe zurückweisen dürfen (a. a. O., S. 124/25).

scheinungsform der Prorogation dürfte einer späteren Entwicklungsphase des römischen Zivilprozesses entstammen, in der an Stelle der Zweiteilung des Verfahrens in jus und judicium die hierarchische Gliederung des Beamtenrichtertums getreten war (spätere Kaiserzeit). Der obere Richter pflegte im Interesse einer beschleunigten Urteilsfällung dem unteren Richter eine Urteilsfrist zu setzen. Wenn sich nun aber die Parteien selbst übereinstimmend für eine Verlängerung dieser Frist aussprachen, sollte diese unter Umständen erstreckt werden, d. h. sollte der untere Richter das Urteil rechtswirksam auch noch in einem Zeitpunkt sprechen können, in dem seine Zuständigkeit für den konkreten Fall bereits erloschen war. Mit der Hinausschiebung des Endtermins wurde gleichzeitig auch die Zuständigkeit zeitlich erstreckt.[11]) Es scheint nun, daß die spätere Terminologie, die Ausdrücke prorogatio fori, forum prorogatum usw., gerade an diesem Fall der Prorogation angeknüpft haben[12])

Das kanonische Recht entspricht im wesentlichen dem römischen.[13]) Insofern geht die Dekretalengesetzgebung, den Bedürfnissen der katholischen Kirche entsprechend, immerhin eigene Wege, als sie die Prorogation eines Geistlichen an ein weltliches Gericht schlechthin für nichtig erklärt. Ueber einen Geistlichen kann nur ein Geistlicher zu Gericht sitzen. Die Vorschrift ist zwingend, der einzelne Geistliche kann auf sie nicht etwa als auf ein Privileg verzichten.[14])

Das ältere germanische Recht kannte die Prorogation nicht.[15]) In den leges barbarorum finden wir nichts über ein solches Institut. Erstmals tritt die Prorogation im mittelalterlichen Stadtrecht in Erscheinung. Die Städte waren bestrebt, ihre Gerichtsbarkeit möglichst auch auf die Stadtfremden auszudehnen.[16]) Etwas ähnliches sehen wir im

[11]) Vergl. Wenger, a. a. O., S. 292/93, Reatz, a. a. O., S. 8/9.

[12]) So versteht beispielsweise die Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten vom Jahre 1822 unter „Prorogation" speziell auch die (auf Antrag des Beklagten erfolgende) Hinausschiebung eines gerichtlichen Termins. Es heißt im § 20, Ziffer 3, dieser Gerichtsordnung unter dem Marginale „Wenn Prorogation nachgesucht wird": „Kann aber der Beklagte in dem anstehenden Termine nicht erscheinen oder in demselben sich auf die Klage noch nicht gehörig und vollständig einlassen, so muß er dem Gerichte noch vor dem Termine davon Anzeige machen und um die Verlegung desselben bitten". Im Corpus Juris Civilis selbst erscheint der Ausdruck prorogari eben nur in der oben im Text angeführten Bedeutung der Erstreckung einer Urteilsfrist (allerdings nicht für die Parteien, sondern für den Richter). Vergl. auch Wenger, S. 40, Fußnote 51, sowie Reatz, S. 8/9.

[13]) Vergl. Reatz, S. 200 ff., Deybeck, S. 5 ff., Adam, S. 65 ff.

[14]) Vergl. Adam, S. 67 ff.

[15]) Vergl. Adam, S. 58 ff., Sperl, a. a. O., S. 29 ff.

[16]) Umgekehrt genossen die königlichen und landesherrlichen Städte fast regelmäßig den Vorzug, daß ihre Bürger vor kein außerhalb der Stadtmauern liegendes Gericht geladen werden durften, was ebenfalls das Bestreben der Städte beweist, ihre eigene Gerichtsbarkeit möglichst zu stärken. Vergl. Schurter und Fritzsche, Das Zivilprozeßrecht der Schweiz, Zürich 1924, Bd. I, S. 18.

französischen Rechtsleben des Mittelalters. Das französische Prozeßrecht kennt die Prorogation in der Form der élection du domicile, d. h. in der Wahl eines fiktiven Wohnsitzes, die u. a. die Folge der Begründung eines Gerichtsstandes an diesem Orte hat. Diese Erscheinung verdankt nach J. Kohler ihre Entstehung dem Unwesen der raubritterlichen Burgherren. Es war für den huissier mit Lebensgefahr verbunden, diese Ritter in ihren Felsennestern aufzusuchen, um ihnen eine Ladung zu bestellen. Daher die Vorschrift in der französischen Zivilprozeßordnung vom Jahre 1667, daß die Besitzer von Schlössern in der nächsten Stadt ein Domizil wählen mußten.[17])

Mit der Rezeption des römischen Rechts zieht in Deutschland auch die Lehre vom Forum prorogatum auf breiter Grundlage ein.[18]) Angesichts der Zersplitterung des Gerichtswesens und der mannigfachen Gerichtsstandsprivilegien mußte der Prorogation in Deutschland zum mindesten quantitativ eine große Rolle zufallen. Der Hauptanwendungsfall dürfte gerade im Verzicht auf ein solches Privileg bestanden haben. Wie im klassischen römischen Recht, so liegt auch noch im gemeinen Recht das Schwergewicht der Prorogation auf der Unterwerfung unter den an sich unzuständigen Richter. Hierbei gilt, daß der Richter die Prorogation annehmen muß. Im übrigen trägt das gemeine Recht in das römische, das wie gezeigt am Erfordernis des wirklichen Konsenses unbedingt festhielt, die bloße Fiktion des Konsenses hinein. Insbesondere verliert der Beklagte durch sein Nichterscheinen vor Gericht die (verzichtbare) Unzuständigkeitseinrede und wird mit dieser Einrede für immer ausgeschlossen (präkludiert). Es wird fingiert, der Beklagte habe auf diese Einrede verzichtet und der Prorogation damit stillschweigend zugestimmt, dies natürlich nur insoweit, als nicht ein ausschließlicher Gerichtsstand vorliegt, d. h. also nur soweit der Beklagte überhaupt rechtswirksam auf einen Gerichtsstand zugunsten eines anderen verzichten kann.[19]) Mit der Zeit tritt eine gewisse Abschwächung des Fiktionsgedankens ein, indem seine Anwendung auf den Kontumazfall, die den tatsächlichen Verhältnissen vielfach allzusehr Gewalt antut, fallen gelassen wird. Im übrigen bleibt es aber dabei, daß die vorbehaltlose Einlassung des (vor Gericht erscheinenden) Beklagten die Zuständigkeit des an sich unzuständigen Gerichts begründet und der Beklagte mit der Einrede der

[17]) J. Kohler, Gesammelte Beiträge zum Civilprozeß, Berlin 1894, S. 148.
[18]) Ueber das gemeine Recht vergl. Reatz, S. 200 ff.; Deybeck, S. 5 ff.; Adam, S. 70 ff.; Sperl, S. 29 ff.
[19]) Vergl. Adam, S. 28.

Unzuständigkeit fortan ausgeschlossen wird. So bestimmte beispielsweise der § 160 der Preußischen Gerichtsordnung aus den Jahren 1793 und 1822: „Wenn ein Beklagter sich auf die Vorladung des Gerichts, welches nicht das gehörige ist, gestellt und ohne die Inkompetenz zu rügen, die Klage beantwortet hat, so muß er diesen Gerichtsstand auch im Fortgange des Prozesses anerkennen und kann in der Folge nicht verlangen, daß die Sache an das gehörige Gericht verwiesen werde." Die Nichtanwendung dieses Gedankens auf den Kontumazfall wird gewährleistet, indem der Richter angehalten wird, in jedem Fall, also auch wenn Prorogation an sich möglich wäre, seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen. § 162 der erwähnten Preußischen Gerichtsordnung (der § 161 zählt die Fälle auf, in denen eine Prorogation ausgeschlossen ist) besagt nämlich: „Ein jedes Gericht ist schuldig sorgfältig zu prüfen, ob die angebrachte Klage vor seinen Gerichtsstand gehöre; widrigenfalls es dieselbe sogleich an den kompetenten Richter verweisen muß und nicht den Versuch machen darf: ob etwa seine Gerichtsbarkeit durch Prorogation begründet werden möchte."

Aehnlich wie auf anderen Gebieten entwickelt das gemeine Recht auch in der Lehre von der Prorogation eine schablonenmäßige Einteilung.[20]) Es unterscheidet nämlich insgesamt vier Arten der Prorogation: a) die prorogatio de persona in personam, d. i. die Prorogation auf einen anderen als den gesetzlich zuständigen Richter; b) die prorogatio de tempore ad tempus, d. i. die oben erwähnte älteste Form der Prorogation, die Verlängerung der Amtsdauer des Richters durch Parteivereinbarung. Im gemeinen Recht und auch heute gilt diese Art der Prorogation als unzulässig. Der Richter, dessen Amtszeit abgelaufen ist, ist nur mehr Privatmann und kann durch Parteivereinbarung bestenfalls zu einem Schiedsrichter bestellt werden; c) die prorogatio de re ad rem, d. i. die ebenfalls bereits erwähnte Prorogation auf einen höheren Streitwert als er von Gesetzes wegen in die Kompetenz des betreffenden Richters fällt sowie die Prorogation auf eine höhere Instanz unter Uebergehung der unteren; d) die prorogatio de loco in locum, d. i. die Prorogation auf einen örtlich unzuständigen Richter. Während diese aber heute den Hauptanwendungsfall der Prorogation bildet, spielte sie im Mittelalter eine ganz untergeordnete Rolle. Die Gerichtsgewalt galt dazumal eben nicht nur als ein Amt, sondern mehr noch als ein nutzbares Recht des Landesherren, der seine nicht unbeträchtlichen Ein-

[20]) Vergl. Adam, S. 72 ff.

künfte daraus bezog.[21]) Es liegt auf der Hand, daß der Landesherr es nicht zuließ, daß die Untertanen durch einen Vertrag untereinander diese seine Einkünfte schmälerten. Erst mit der Erstarkung der zentralen Landesgewalt und der Vereinheitlichung des Gerichtswesens fiel dieses Hindernis der Entfaltung der Prorogation dahin.[22])

Für die weitere Entwicklung des Institutes der Prorogation bis in die Gegenwart gilt das Wort von Adolf Wach: „Die Geschichte des Gerichtsstandes ist das stete Wachsen der Prorogationsgewalt. Die gemeinrechtliche Befugnis des inkompetenten Richters, unerachtet des auf Erstreckung der Gerichtsbarkeit gerichteten Parteiwillens die Sache abzulehnen, ist ebenso gefallen[23]) wie der andere gemeinrechtliche Satz, daß ein außergerichtliches Pactum de foro prorogando einen Gerichtsstand nicht schaffe.“[24])

[21]) „... infolge der Entwicklung des Lehenswesens, in der die Gerichtsbarkeit zu einer privatrechtlichen Pertinenz und zu einem Verkaufs-, Tausch- und Verpfändungsartikel erniedrigt worden war“, Schurter und Fritzsche, a. a. O., Bd. I, S. 13. Vergl. auch R. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1906, S. 274.

[22]) Vergl. Sperl, a. a. O., S 31.

[23]) Dies gilt allerdings nur für das deutsche Recht, nicht aber, wie wir noch sehen werden, durchwegs für die schweizerischen Zivilprozeßordnungen.

[24]) Adolf Wach, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Leipzig 1885, S. 500.

ALLGEMEINER TEIL.

Der Begriff der Prorogation.

Prorogation bedeutet Zuständigwerden eines an sich unzuständigen staatlichen Gerichts durch Parteivereinbarung. Sie ist also ein Anwendungsfall des dispositiven, d. h. durch Parteiwillen bestimmbaren Prozeßrechts. Während aber der Parteiwille das moderne Privatrecht weitgehend beherrscht, ist das Zivilprozeßrecht seiner Natur nach vorwiegend zwingendes Recht.[25]) Das Zivilprozeßrecht gehört dem öffentlichen Recht an. Es verankert das staatliche Monopol auf den Schutz der privatrechtlichen Ordnung, auf die Erhaltung des Rechtsfriedens unter den Bürgern und auf Vollstreckung der durch Gerichtsspruch klargestellten privatrechtlichen Ansprüche. Wer sein Recht suchen will, muß die staatlichen Gerichte anrufen. Ein wesentliches Merkmal in der Entwicklung des Zivilprozeßrechts beruht gerade in der Zurückdrängung und fast völligen Ausschaltung der eigenmächtigen Selbsthilfe. Trotz dieses ausschließlichen Charakters des Zivilprozeßrechts ist der Parteiwille aber auch in diesem Rechtsgebiet nicht völlig ausgeschaltet. Der Gesetzgeber scheut vor einem Uebermaß absoluter Prozeßvorschriften, die dem Leben leicht Gewalt antun könnten, zurück[26]) und läßt dem Parteiwillen dort Spielraum, wo das öffentliche Interesse hinter dem Parteiinteresse zurücktritt. So kann beispielsweise der in erster Instanz Unterlegene rechtswirksam auf die Berufung verzichten, er kann ebenso auf Zeugen, auf den Zeugeneid usw. verzichten. In anderen Fällen stellt die Zivilprozeßordnung es dem Kläger frei, wo er seinen Anspruch geltend machen will, so etwa im Falle einer Ehrverletzung am Wohnsitz des Beklagten oder am Orte der Begehung (wofür die Schweiz vielfache Beispiele liefert). Und so können schließlich die Parteien übereinkommen,

---

[25]) Vergl. die grundlegende Abhandlung von O. Bülow, Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, Archiv für die civilistische Praxis (im folgenden kurz Archiv genannt), Bd. 64, S. 1 ff., sowie Bunsen, Prozeßrechtsgeschäfte, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß (im folgenden abgekürzt ZZP.), Bd. 35, S. 401 ff.

[26]) Bülow, a. a. O., S. 11.

ihren Rechtsstreit vor einem anderen Gerichte als dem in der Zivilprozeßordnung für diesen Fall bezeichneten auszutragen, ja sie können darüber hinaus die staatlichen Gerichte sogar völlig ausschließen und statt dessen ein privates Schiedsgericht einsetzen. Das alles ist dispositives Prozeßrecht. Die Parteien verfügen frei, aber nicht nach Belieben, sondern innerhalb ganz bestimmter vom Gesetz gezogener Schranken. Nur dort wirkt sich in der Zivilprozeßordnung dispositives Recht aus, wo der Gesetzgeber die Partei oder die Parteien zu einer abweichenden Disposition ausdrücklich ermächtigt.[27]) Die Parteien haben im Grunde nur das Recht, zwischen mehreren, im Gesetz selbst vorgesehenen Möglichkeiten zu wählen. „Das dispositive Recht ist keine Erlaubnis zu einer mutatio iuris, sondern die Ausstattung der Rechtssubjekte mit der rechtlichen Macht zur eigenen Rechtsbestimmung nach und kraft der Rechtsordnung."[28]) Das dispositive Prozeßrecht setzt also eine konkrete Ermächtigungsnorm voraus. Im Zweifel wird man daher zwingenden Charakter der Prozeßrechtssätze annehmen müssen. Ausgeschlossen erscheint eine Disposition der Parteien insbesondere dort, wo das Gesetz den Richter anhält, die Einhaltung einer Prozeßvorschrift von Amts wegen zu prüfen.

In diesem Sinne ist auch der Spielraum der Prorogation beschränkt. Nur dort ist Prorogation möglich, wo die Prozeßordnung sie ausdrücklich vorsieht, und nur innerhalb der Schranken, die sie ihr zieht. Im Zweifel ist daher zugunsten der ordentlichen Zuständigkeit und gegen den vereinbarten Gerichtsstand zu entscheiden. Wenn demnach das forum prorogatum auf Gesetz beruht, bleibt es nichtsdestoweniger ein „gewillkürtes" forum. Sperl irrt, wenn er in seiner Polemik gegen diese Auffassung meint, es gebe „ausschließlich nur gesetzliche (sc. Zuständigkeit), ohne Unterschied, durch welchen der gesetzlichen Kompetenzgründe sie erzeugt wird, ob durch Domizil, örtliche Lage, Erfüllungsort oder Vereinbarung".[29]) Gewiß ist letzten Endes alles, was vom Gesetz erlaubt ist, nicht ungesetzlich und daher gesetzlich; im juristisch-technischen Sinne bedeutet „gesetzlich" aber nur, was der Gesetzgeber als Norm hinstellt, „gewillkürt" dagegen die Ordnung, die an Stelle dieser „gesetzlichen" zu wählen der Gesetzgeber die Parteien er-

[27]) „Nur bleibt gerade hier zu bedenken, daß eine solche, vom Parteiinteresse geleitete private Willensverfügung über die Gestaltung der Rechtspflegeordnung, auch wo sie statthaft ist, niemals selbstverständlich als Ausfluß einer allgemeinen Fähigkeit der Parteien, die „Prozeßordnung abzuändern" besteht, sondern daß sie ihrerseits stets einen ermächtigenden Rechtssatz des Prozeßrechts voraussetzt", R. Schmidt, a. a. O., S. 273.

[28]) Bülow, a. a. O., S. 45. Vergl. auch Sperl, a. a. O., S. 100.

[29]) Sperl, a. a. O., S. 68.

mächtigt. Andernfalls müßte man die gewillkürte Erbfolge, obwohl sie die gesetzliche ausschließt, in gleicher Weise als eine „gesetzliche" bezeichnen, da sie ja auch im Gesetze vorgesehen ist.[30]) Forum prorogatum bedeutet also gewillkürte Zuständigkeit eines Gerichts. Daher etwa auch der Ausdruck forum conventionale im Gegensatz zum forum legale.[31])

Es ist nun kurz der Begriff der Zuständigkeit zu erörtern, über den durchaus noch nicht die wünschenswerte Klarheit herrscht. Einmal ist dieser Begriff von demjenigen der Gerichtsbarkeit zu unterscheiden. Die Gerichtsbarkeit bedeutet im weiteren Sinne die Justizhoheit als eine Funktion der Staatstätigkeit, im engeren Sinne Justiz, Rechtspflege, richterliche Gewalt. Gerichtsbarkeit ist demnach die notwendige Voraussetzung der Prorogation. Es kann nur an einen Richter prorogiert werden, der an sich die Gerichtsbarkeit besitzt. „Die Prorogation hebt nur die subjektive Inkompetenz eines Gerichts, nicht aber den Mangel derjenigen Art von Gerichtsbarkeit, die zur Entscheidung einer fraglichen Sache erforderlich ist."[32]) Vereinbarung eines Schiedsgerichts, das ist eines privaten Gerichts, ist daher keine Prorogation. Zuständigkeit oder Kompetenz ist nun der Wirkungskreis eines Gerichts, d. h. der Kreis, innerhalb dessen der Richter kraft seines Amtes (eben kraft seiner Gerichtsbarkeit) befugt ist, Recht zu sprechen. Vom Standpunkt der Parteien aus bezeichnet die Zuständigkeit daher das Gericht, vor dem sie Recht suchen müssen. Ob ein Gericht zuständig ist, bemißt sich, anders als bei der Gerichtsbarkeit, von Fall zu Fall, und zwar ist zu prüfen, ob das betreffende Gericht örtlich, sachlich und funktionell zuständig ist. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt den räumlichen Geschäftskreis, sie richtet sich nach der lokalen Beziehung der Parteien oder der Streitsache, sie sagt, daß beispielsweise das Gericht des Wohnsitzes, das Gericht der gelegenen Sache, des Ortes der Vertragserfüllung usw. zuständig ist. Die örtliche Zuständigkeit wird allgemein als Gerichtsstand bezeichnet. Die sachliche Zuständigkeit bestimmt den Geschäftskreis eines Gerichts nach dem Streitgegenstand. Sie besagt, ob eine Sache vor das ordentliche oder vor ein Sondergericht, vor ein Bezirks- oder ein Handelsgericht zu bringen ist, sie bestimmt ferner,

---

[30]) Vergl. Bülow, a. a. O., S. 46, und ihm folgend J. Trutter, in seiner Besprechung des Sperl'schen Buches, ZZP. 24, S. 278.

[31]) Bülow, ibid.

[32]) J. J. Treichler, Handbuch des Zürcherischen Civilprozesses, Bd. I, 1856, S. 362, Nr. 7. Aehnlich Adam: „Nie kann einem Gerichte die mangelnde Gerichtsbarkeit durch Parteivereinbarung gegeben werden", a. a. O., S. 3, und Reatz: „...die Competenz setzt mithin Gerichtsbarkeit voraus", a. a. O., S. 33/34, sowie Sperl, a. a. O., S. 47.

bis zu welchem Streitwert ein Gericht zu entscheiden befugt ist. Daneben gibt es noch die der sachlichen verwandte und vielfach ihr begrifflich untergeordnete funktionelle Zuständigkeit, auch sachlich funktionelle,[33]) graduelle, Zuständigkeit, nach Geschäften oder Verrichtungszuständigkeit[34]) genannt. Diese grenzt die Funktionen verschiedener in der gleichen Sache tätig werdender Gerichte ab. Hierher gehört die Instanzenordnung, die Unterscheidung in Prozeß- und Vollstreckungsgerichte, die Lehre von den Gerichten, denen ganz bestimmte Geschäfte zugeteilt, sind, wie beispielsweise das Aufgebotsverfahren, die Entmündigung, die Rechtshilfe usw.[35])

Begrifflich möglich ist die Prorogation nach allen diesen drei Richtungen hin, soweit das Gesetz nicht ausschließliche Zuständigkeit normiert, d. h. eben eine Zuständigkeit, die durch den Parteiwillen nicht aufgehoben werden kann. Diese Ausschließlichkeit begegnet meist auf dem Gebiete der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit. So werden in der Regel als ausschließliche Gerichte bezeichnet: die Gerichte in Ehe-, Vaterschafts-, Vormundschaftssachen, die für Statusklagen zuständigen Gerichte,[36]) die Gerichte des Arrests, der Betreibung, des Konkurses, der gelegenen Sache,[37]) sind es ferner ihrer Natur nach die Sondergerichte, die Vollstreckungsgerichte usw. Das Recht, auf dem Gebiete der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit zu prorogieren, bildet die Ausnahme gegenüber der örtlichen Prorogation und beruht großenteils auf einer speziellen Ermächtigung für den genau umschriebenen Einzelfall. Die größte Konzession macht der Gesetzgeber der örtlichen Prorogation. Hier begegnen wir vielfach einer generellen Ermächtigung. So regeln die meisten kantonalen Gesetzgebungen der Schweiz in der Zivilprozeßordnung lediglich die örtliche Prorogation (die Vereinbarung des „Gerichtsstandes"), während sie die einzelnen wenigen Fälle der sachlichen und graduellen Prorogation in das Gerichtsverfassungsgesetz verweisen. Die erleichterte Möglichkeit der örtlichen Prorogation erklärt sich wohl aus der Tatsache, daß es regelmäßig kein öffentliches Interesse berührt, ob die Parteien ihren Streit am Orte A oder am Orte B austragen. Höchstens besteht ein mehr technisches Interesse daran, daß nicht durch ein Ueberhandnehmen der örtlichen Prorogation einzelne Gerichte über Gebühr belastet werden,

[33]) Vergl. J. Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, Berlin 1929, S. 56.
[34]) Vergl. Jaeger, ZZP. 40, S. 131.
[35]) Vergl. Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 14. Auflage, Tübingen 1928, S. 132; Wach, Handbuch, S. 347; Jäger, a. a. O., S. 131.
[36]) Vergl. Praxis des Bundesgerichts, Bd. 19, Nr. 7.
[37]) Vergl. z. B. die Zürcherische ZPO., § 16, Abs. 2.

und dadurch das vom Gesetzgeber angestrebte Gleichgewicht in der Verteilung der Prozesse unter die verschiedenen Gerichte erschüttert wird. Um dieser Gefahr zu begegnen, sehen die meisten Kantone ein (uns aus der Geschichte der Prorogation ja nicht unbekanntes) allgemeines oder beschränktes Ablehnungsrecht des Richters gegenüber der Prorogation vor. In Deutschland hat man die Gefahr offenbar weniger hoch eingeschätzt und von einem Ablehnungsrecht des Richters völlig abgesehen.[38]) Die Erfahrungen scheinen keine schlechten gewesen zu sein; denn auch der deutsche Entwurf zu einer neuen Zivilprozeßordnung vom Jahre 1931 sieht kein richterliches Ablehnungsrecht vor.

---

[38]) Schon Deybeck wandte sich dagegen, daß das Zustandekommen der Prorogation vom Gericht abhängig sein sollte. Die Aufgabe der Gerichte müsse so genau festgestellt werden, „daß jede Wahl zwischen Annahme und Unterlassung eines Geschäftes der Rechtspflege ausgeschlossen bleibt", a. a. O., S. 12. A. M. F. Meili, Das internationale Civilprozeßrecht, Zürich 1906, demzufolge davon auszugehen ist, daß die Prorogation keine Pflicht des Gerichts, sie anzunehmen, begründet (S. 305).

Die Abgrenzung der Prorogation von verwandten Instituten.

Die Prorogation ist eine Vereinbarung der Parteien. Daher ist sie zu unterscheiden von der einseitigen Wahl eines Gerichts, dort, wo das Gesetz diese Möglichkeit einräumt.[39]). So sieht beispielsweise § 79 des Zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes vor, daß, wenn nur der Beklagte im Handelsregister eingetragen ist, der Kläger die Wahl hat zwischen dem Bezirks- und dem Handelsgericht. Aehnlich gestatten verschiedene Prozeßordnungen, bei Ehrverletzungsklagen das Gericht des Wohnsitzes des Beklagten oder dasjenige des Begehungsortes anzurufen (z. B. § 7, Ziffer 6 der ZPO. des Kanton Glarus vom Jahre 1930). Hier ist die Wahl des Gerichts immer vom Willen des Beklagten unabhängig, es liegt daher keine Zuständigkeitsvereinbarung vor.

Keine Prorogation ist ferner der Gerichtsstand des Erfüllungsortes, wie ihn etwa § 29 der deutschen ZPO kennt.[41]) Hier wird ein vom ordentlichen Gericht verschiedenes wiederum nicht kraft Parteivereinbarung zuständig, sondern weil das Gesetz expressis verbis bestimmt, daß, wenn die Parteien vertraglich einen Ort bezeichnen, an dem erfüllt werden soll, das Gericht dieses Erfüllungsortes für die Beurteilung der entsprechenden Klagen zuständig ist. Der Gerichtstand ergibt sich demnach unabhängig vom Parteiwillen aus der Tatsache der Vereinbarung eines Erfüllungsortes.[42]) Vereinbarung eines Erfüllungsortes und Vereinbarung der Zuständigkeit eines Gerichts sind aber zwei ganz verschiedene Dinge. „Der Erfüllungsort ist eine Eigenschaft des Anspruchs, er ist keine von dem Anspruch abzuscheidende Tatsache, er ist ebenso mit dem Anspruch verknüpft wie etwa die Erfüllungszeit

[39]) J. Kohler nennt die auf einseitigem Willen beruhenden dispositiven Prozeßhandlungen „Creationen" (Ueber prozeßrechtliche Verträge und Creationen, Gesammelte Beiträge zum Civilprozeßrecht, S. 127 ff.).

[41]) Vergl. Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, München 1932, S. 72; Förster-Kann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1913, S. 145; Sperl, a. a. O., S. 156 ff. Für die Schweiz: A. Heusler, Das forum contractus und das schweizerische Bundesrecht, Zeitschrift für schweizerisches Recht (alte Folge), Bd. 21, S. 23 ff., und A. Schoch, Art. 59 der Schweiz. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, betreffend den Schutz des Schuldners beim Richter seines Wohnorts, S. 156.

[42]) § 3 der Zürch. ZPO. „knüpft an die Domizilierung eine gesetzliche Folge", Blätter f. zürch. Rechtsprechung (BlZR.), Bd. 15, Nr. 49, S. 83.

oder die Höhe der Erfüllungssumme."[43]) In der Schweiz ist der Gerichtsstand des Erfüllungsortes gleich denjenigen des Vertrags und der Begehung mit Rücksicht auf Art. 59 der Bundesverfassung, der dem aufrechtstehenden Schuldner den Gerichtsstand seines Wohnsitzes garantiert, zumindesten interkantonal obsolet geworden [44]) Etwas ganz anderes ist es, wenn die Parteien, ohne daß das Gesetz den Gerichtsstand der Erfüllung vorsieht, vereinbaren, daß das Gericht am Erfüllungsort für die entsprechenden Streitigkeiten zuständig sein soll. Hier liegt echte (örtliche) Prorogation vor. Unter Gerichtsstand des Erfüllungsortes versteht man aber regelmäßig den gesetzlich normierten und nicht den gewillkürten Gerichtsstand.[45])

Was für den Gerichtsstand des Erfüllungsortes gilt, trifft in gleicher Weise für den ihm verwandten Gerichtsstand des Vertrages, das forum contractus, zu, d. i. den Gerichtsstand des Ortes, an dem der Vertrag geschlossen wurde; denn auch hier knüpft das Gesetz die Zuständigkeit unabhängig vom Parteiwillen an die Tatsache, daß ein Vertrag an einem bestimmten Orte abgeschlossen worden ist.[46])

Gelegentlich vereinbaren die Parteien, auf die Berufung oder auf ein anderes Rechtsmittel zu verzichten. Wieweit ein solcher Verzicht zulässig ist — und es wird noch in einem anderen Zusammenhang darauf zurückzukommen sein — ist umstritten. Insofern aber besteht nahezu Einmütigkeit, daß der incidente, d. h. nicht vorgängige Rechtsmittelverzicht gestattet sein soll, weil kein öffentliches Interesse dem entgegensteht, daß sich die Parteien mit dem Entscheid der ersten Instanz zufrieden geben. Auf keinen Fall jedoch liegt in einem solchen Vorgehen eine Prorogation; denn es tritt ja nicht an die Stelle des zuständigen Gerichts oder neben dasselbe ein anderes an sich unzuständiges.

---

[43]) Kohler, a. a. O., S. 88.

[44]) Vergl. Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (BGE.), Bd. 26, I, S. 442, Erw. 2.

[45]) Abweichend Oesterreich, wo die Parteien neben dem Erfüllungsort auch den Gerichtsstand an demselben ausdrücklich vereinbaren müssen, siehe Sperl, a. a. O., S. 156/57.

[46]) Vergl. E. Frankenstein, Internationales Privatrecht, Bd. I, S. 127; H. Sträuli, Kommentar zur zürch. ZPO., 1915, S. 3, Ziffer V. Im übrigen werden der Gerichtsstand des Erfüllungsortes und derjenige des Vertrages sehr oft als Synonyma verwendet, so vielfach in den Kommentaren zu § 29 der deutschen ZPO. (Hellwig, Schmidt, Seuffert-Walsmann u. a.). Auch A. Heusler versteht in seiner Abhandlung „Das forum contractus und das schweizerische Bundesrecht", ZSR. a. F. 21, S. 23 ff., unter dem forum contractus den Gerichtsstand des Erfüllungsortes: „Denn nicht der Ort der Vertragsabschließung soll für das forum contractum maßgebend sein, wie dort (gemeint ist: vom Bundesrat in einem bei Ullmer zitierten Entscheid) angenommen wird, sondern der vertragsmäßige Erfüllungsort..." (S. 67).

Dagegen scheint uns Prorogation vorzuliegen, wenn die Parteien vereinbaren, eine Instanz (in der Regel die erste) zu überspringen und sofort das Berufungsgericht anzurufen. Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung haben verschiedene Prozeßordnungen anerkannt, so beispielsweise die frühere badische Civilprozeßordnung,[47]) sowie zahlreiche kantonale Gesetzgebungen. Der vertragsmäßige Ausschluß der ersten Instanz wird in der Gegenwart durch das ausgedehnte Novenrecht, das den Parteien gestattet, in der Berufung neue Tatsachen anzuführen, begünstigt. Aber auch der Gesetzgeber ist geneigt, eine solche Vereinbarung, die das Verfahren abkürzt, gutzuheißen — insbesondere dort, wo noch eine dritte Instanz vorhanden ist (Bundesgericht!) —, obwohl sie die Berufungsbehörde ihrer eigentlichen Aufgabe, die Rechtsprechung der unteren Instanz zu überprüfen, in einem gewissen Sinne entfremdet. Ja, es gibt Prozeßordnungen, die am Ausschluß der ersten Instanz im Falle einer zweiten Berufungsmöglichkeit einen solchen Gefallen gefunden haben, daß sie ihn vom Parteiwillen losgelöst und zur gesetzlichen Vorschrift erhoben haben.[48]) Soweit aber die Umgehung der ersten Instanz von der Vereinbarung der Parteien abhängt, liegt eine Prorogation vor. Die Parteien einigen sich nämlich, statt des an sich zuständigen erstinstanzlichen Gerichts sofort die Berufungsinstanz anzugehen. Diese ist aber an sich unzuständig oder zumindesten noch nicht zuständig; sie wird zuständig erst, nachdem das erstinstanzliche Gericht gesprochen hat. Wir haben es hier demnach mit dem Fall einer Prorogation in bezug auf die funktionelle Zuständigkeit zu tun.[49]) Das Berufungsgericht fungiert als erste Instanz, obwohl es hierzu an sich nicht zuständig ist. Dieser Art der Prorogation begegnet man gerade in den schweizerischen Prozeßordnungen recht häufig, und zwar gewöhnlich im Gerichtsverfassungsgesetz, das ja die sachliche und die funktionelle Zuständigkeit regelt. Die deutsche Zivilprozeßordnung schließt die funktionelle Prorogation expressis verbis aus, indem sie in § 38 die Prorogation auf die Gerichte erster Instanz beschränkt.[50])

---

[47]) Vergl. Kohler, a. a. O., S. 130.

[48]) So beispielsweise der Kt. Wallis.

[49]) Anderer Meinung ist J. Kohler, der die instanzenausschließenden Verträge nicht zu den Kompetenzverträgen zählt: „denn das Instanzenverhältnis ist kein Competenzverhältnis", a. a. O., S. 130. Heute rechnet man indes den Instanzenzug ebenfalls zur Zuständigkeitslehre, innerhalb deren sie ja eben die funktionelle Zuständigkeit darstellt.

[50]) Implicite besagt § 38, daß der deutsche Gesetzgeber die Umgehung einer unteren Instanz durch Parteivereinbarung im Gegensatz zu Kohler ebenfalls begrifflich als Prorogation ansieht; andernfalls wäre ja die Beschränkung der Prorogation auf die Gerichte erster Instanz selbstverständlich und daher überflüssig.

Keine Prorogation liegt dagegen wiederum beim Gerichtsstand der Widerklage (forum reconventionis) vor. Auch dieser ergibt sich ja nicht aus der Vereinbarung der Parteien, sondern zwangsläufig aus der Zuständigkeit des Gerichts der Vorklage. Die Zuständigkeit des Gerichts für die Widerklage ist also vom Willen des Klägers und Widerbeklagten unabhängig. Von einer notwendigen Prorogation in dem Sinne zu sprechen, daß sich der Kläger durch die Klage der Zuständigkeit des Gerichts auch für eine eventuelle Widerklage unterwerfe, geht daher begriffsmäßig nicht an. „Eine notwendige oder gesetzliche Prorogation ist ein Widerspruch in sich selbst."[51]) Die Prozeßordnungen scheiden denn auch das forum prorogationis deutlich vom forum reconventionis und führen beide nebeneinander als zwei verschiedene Spielarten der besonderen Gerichtsstände auf.[52])

Keine Prorogation ist ferner die Vereinbarung der Parteien über das anzuwendende Recht, soweit eine solche überhaupt zulässig ist.[53]) Die Prorogation betrifft ausschließlich die Frage des anzurufenden Richters.[54])

Etwas schwieriger, dafür aber um so wertvoller, gestaltet sich die Abgrenzung der Prorogation gegen den Schiedsvertrag.[55]) Das Schiedsgericht, dessen Ursprung sehr weit zurückreicht, hat sich in den Prozeßordnungen der Gegenwart, so auch in sämtlichen Prozeßordnungen der Schweiz, durchwegs eingebürgert und ist verschiedentlich in der

---

[51]) Von Wyss, Die Widerklage mit besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Zivilprozeßgesetze, Zürcher Dissertation 1906, S. 44.

[52]) Ueber ein Beispiel einer merkwürdigen Verkuppelung der beiden Fora siehe von Wyss, a. a. O., S. 44.

[53]) So gestattet Art. 99 der ZPO. des Kanton Uri eine Parteivereinbarung über das anzuwendende Recht und macht sie für den Richter verbindlich, soweit sich diese Vereinbarung auf die Anwendung eidgenössischen Rechts bezieht. Vergl. Schurter und Fritzsche, Das Zivilprozeßrecht der Schweiz, Bd. II, 2, S. 732, Anm. 1238.

[54]) Vergl. auch Fritzsche, Die örtliche Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Obligationenrechts, Referat an der Jahresversammlung des Schweiz. Juristenvereins, 1925, ZSR. n. F. Bd. 44, S. 221 a und ff., ferner auch BGE. Bd. 32, II, S. 268.

[55]) Ueber den Schiedsvertrag vergl. insbesondere O. Schuppisser, Das zivilprozeßrechtliche Schiedsgericht, besonders seine rechtliche Struktur, Berner Dissertation 1922; E. Fehr, Das Schiedsgericht in der schweizerischen Zivilprozeß-Gesetzgebung, Zürcher Dissertation 1902/03; H. R. Suter, Der Schiedsvertrag nach schweizerischem Zivilprozeßrecht, ZSR. n. F. Bd. 47, S. 8 ff.; P. Oertmann, Schiedsrichter und staatliches Recht, ZZP., Bd. 47, S. 105 ff.; H. Fritzsche, Schiedsgerichte in Zivilsachen nach schweizerischem Recht, Internat. Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen, Bd. II, S. 54 ff., sowie die weitere bei Schurter und Fritzsche, Bd. II, 2, S. 784 angeführte Spezialliteratur.

Verfassung selbst verankert.[56]) Als das Wesen des Schiedsvertrages erscheint die freie Vereinbarung der Parteien, die Entscheidung gegenwärtiger oder zukünftiger Streitigkeiten Privatpersonen, die sie selbst gewählt haben, als Schiedsrichtern zu übertragen.[57]) Hier liegt der entscheidende Gegensatz zur Prorogation. Der Schiedsvertrag schließt jedes staatliche Gericht aus und erzeugt ein neues nichtstaatliches. Der Zweck des Schiedsvertrages ist ja gerade der, die staatliche Gerichtsbarkeit ganz auszuschalten.[58])[59]). Demgegenüber schließt die Prorogation

---

[56]) Gerade in der neueren Zeit ist das Bedürfnis, das staatliche Monopol auf den Schutz des Privatrechts zu durchbrechen und innerhalb gewisser Grenzen durch eine auf dem Willen der Parteien beruhende außerstaatliche Gerichtsbarkeit zu ersetzen, stark gestiegen und hat dem Schiedsgerichtsgedanken einen neuen Auftrieb gegeben. Der Schiedsvertrag ermöglicht ein rascheres (nicht unbedingt billigeres) und formfreies Verfahren, die Ersetzung des Berufsrichters durch den ausgesprochenen Fachmann und endlich eine Entscheidung nach freiem Ermessen und Billigkeit statt nach dem Buchstaben des Gesetzes (vergl. Oertmann, a. a. O., S. 124; Fritzsche, Internat. Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen, Bd. II, S. 55; Fehr, a. a. O., S. 14/15, und Frankenstein, Internationales Privatrecht, Bd. II, S. 171). Ueber diesen Vorteilen des Schiedsgerichts dürfen allerdings die Gefahren, die es birgt, nicht übersehen werden. Mächtige Finanz- und Wirtschaftsgruppen verfügen nicht selten über genügend starke Druckmittel, um die wirtschaftlich schwächeren Verbandsmitglieder unter formell gewillkürte Schiedsgerichte zu zwingen, und das freie Ermessen des Schiedsrichters kann allzu leicht in Willkür umschlagen Daher mehren sich die Stimmen, die den Staat warnen, das Schiedsgerichtswesen nicht überhandnehmen zu lassen (vergl. Fritzsche, Internat. Jahrb. für Schiedsgerichtswesen Bd. II, S. 65; Schurter und Fritzsche, II, 1, S. 146, ferner auch Oertmann, a. a. O., S. 123/24, und L. Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Berlin 1927, S. 522). Zu einem guten Teil ist der Staat den Gefahren bereits begegnet, indem er besonders bedeutsame Schiedsgerichte, wie etwa die gewerblichen und landwirtschaftlichen, ihres privatrechtlichen Charakters entkleidet und sie in das staatliche Gerichtssystem eingegliedert hat. So ist beispielsweise das gewerbliche Schiedsgericht im Kanton Zürich aus dem privaten „Verband für Gewerbeschiedsgerichte" hervorgegangen (vergl. Fehr, a. a. O., S. 15). Diese Schiedsgerichte sind nur noch dem Namen nach Schiedsgerichte, in Wahrheit aber staatliche Sondergerichte, denen die Parteien sich unterwerfen müssen.

[57]) Von diesem Vertrag (dem compromissum) ist der andere Vertrag zwischen den Parteien einerseits und dem Schiedsrichter andererseits auf Uebernahme des Schiedsrichteramtes (receptum) zu unterscheiden. Vergl. F. Meili, Das Internationale Civilprozeßrecht, S. 294, und Schuppisser, a. a. O., S. 52 ff.

[58]) So auch BGE. 45, III, S. 254/55, sowie H. R. Suter, a. a. O., S. 16. Anderer Meinung Schuppisser, der auch die Tätigkeit der Schiedsgerichte als staatliche Rechtspflege bezeichnet (a. a. O., S. 140), dabei aber u. E. den auf Ausschluß gerade dieser staatlichen Rechtspflege gerichteten Zweck des Schiedsvertrages zu wenig berücksichtigt. Das Schiedsgericht fungiert zwar kraft staatlicher Ermächtigung, es ist aber deshalb noch ebensowenig ein staatliches Gericht wie das forum prorogatum ein gesetzlich zuständiges Gericht ist, weil es auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruht.

[59]) Seinen nichtstaatlichen Charakter behält das Schiedsgericht auch dann bei, wenn es den Parteien, wie beispielsweise in der Schweiz, freisteht, einen Berufsrichter zum Schiedsrichter zu wählen. Dieser Richter urteilt in einem solchen Falle eben nicht kraft seines staatlichen Amtes, sondern kraft des Auftrags der Parteien, d. i. aber als Privatmann. Wo aber das Gesetz den Parteien gestattet, ein ordentliches Gericht als solches um einen Schiedsspruch anzugehen, handelt es sich regelmäßig nicht um einen Schiedsvertrag, sondern um Prorogation oder ein Mittelding zwischen Schiedsvertrag und Prorogation. Vergl. Suter, a. a. O., S. 16/17; Schuppisser, a. a. O., S. 140, sowie die weiteren Ausführungen im Text.

möglicherweise, nämlich insofern sie ausschließlichen Charakter trägt, ein oder auch mehrere staatliche Gerichte aus, aber nicht alle, sondern läßt vielmehr ein bereits bestehendes anderes staatliches Gericht zuständig werden. „Die Parteien beabsichtigen damit (gemeint ist mit der Prorogation) keineswegs, die aus dem Vertrag entstehenden Streitigkeiten ... der staatlichen Gerichtsbarkeit zu entziehen, worin das Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit liegt, vielmehr soll nur kraft Parteivereinbarung ein anderes Gericht zuständig sein als das Gericht, das ohne eine solche Vereinbarung nach allgemeinen Regeln des Zivilprozeßrechts zuständig gewesen wäre."[60]) Die prorogierenden Parteien wählen also lediglich unter den gegebenen Gerichten eines, das an sich unzuständig ist, aus. Da immer nur auf ein staatliches Gericht prorogiert werden kann, erwächst das Urteil des forum prorogatum (die Rechtsmittel natürlich vorbehalten) ohne weiteres in Rechtskraft, während der Schiedsspruch zu seiner Vollstreckbarkeit einer besonderen Norm, die ihn den Urteilen der staatlichen Gerichte gleichsetzt, bedarf. Ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstituten besteht darin, daß der Schiedsvertrag nicht nur den staatlichen Richter, sondern auch das anzuwendende staatliche Recht ausschließen und durch ein anderes Recht oder durch eine Entscheidung nach Billigkeit und freiem Ermessen ersetzen kann, während die Prorogation nur den Richter, nicht aber das Recht tangiert. Nach alledem bedeutet der Schiedsvertrag einen tieferen Einbruch in die staatliche Gerichtshoheit als die Prorogation. Er ist daher vielfach auch dort an eine bestimmte Form (Schriftlichkeit, Urkunde) gebunden, wo die Prorogation formfrei erfolgen kann (so in mehreren Prozeßordnungen der Schweiz). Ueber den wesentlichen Unterschieden darf immerhin der gemeinsame Grundzug von Schiedsvertrag und Prorogation nicht übersehen werden, nämlich der kraft gesetzlicher Ermächtigung wirksame Einfluß einer Parteivereinbarung auf die Gestaltung des Rechtsweges. Schiedsvertrag wie Prorogation sind, wie noch zu zeigen sein wird, prozessuale Rechtsgeschäfte. Wie manches, was im weiteren Verlauf dieser Arbeit über die Prorogation ausgeführt wird, in gleicher Weise auch für den Schiedsvertrag gilt, so werden wir gelegentlich umgekehrt die Stellungnahme der Gerichte oder der Rechtswissenschaft zum Schiedsvertrag analog auf

---

[60]) Praxis des Bundesgerichts, Bd. 9, Nr. 1. Aehnlich Meili: „Der Schiedsvertrag begründet ein Privatgericht, und er unterscheidet sich dadurch deutlich von einer Prorogation, welche die Unterwerfung unter ein bestehendes Gericht herbeiführt" (Das internationale Civilprozeßrecht, S. 297). Denselben Gedanken drückt Schuppisser in der prägnanten Formel aus, daß Prorogation Gerichtsbarkeit veraussetzt, während der Schiedsvertrag Gerichtsbarkeit schafft (a. a. O., S. 32).

die Prorogation übertragen dürfen, — was angesichts der Tatsache, daß Gesetzgebung und Wissenschaft die Prorogation gegenüber dem Schiedsvertrag heutzutage etwas stiefmütterlich behandeln, ein willkommenes Hilfsmittel ist.

In der Gesetzgebung ist die klare Trennungslinie zwischen Prorogation und Schiedsvertrag besonders früher vielfach verwischt worden. Ganz abgesehen von der bereits erwähnten Fehlbezeichnung einiger Sondergerichte als Schiedsgerichte, findet oder fand man doch nicht selten die Bezeichnung „Schiedsgericht" auch dort, wo es sich in Tat und Wahrheit um eine Prorogation handelt. So werden in einigen kantonalen Prozeßordnungen die Vermittlungsgerichte in den Fällen, daß sich die Parteien auf sie als einzige Instanz einigen, zu Unrecht als Schiedsgerichte bezeichnet.[61]) In § 102 des Gesetzes betreffend die zürcherische Rechtspflege vom Jahre 1874 hieß es, das Handelsgericht entscheide „als Schiedsgericht" in allen Handelsstreitigkeiten, die an sich nicht vor das Handelsgericht gehören, die aber im Wege der Vereinbarung an dasselbe gebracht werden. Hier lag gar kein Schiedsgericht vor. Das Handelsgericht fungierte kraft seiner ordentlichen Gerichtsgewalt und nicht kraft Parteiwillens. Sein „Schiedsspruch" gehörte zu den ihm durch das Gesetz zugeteilten Funktionen. Die Parteivereinbarung schuf hier also keine neue Gerichtsbarkeit, sondern erweiterte lediglich die Zuständigkeit eines bereits bestehenden staatlichen Gerichts. Das ist aber der typische Fall der Prorogation, wobei es sich in concreto um eine sachliche Prorogation handelte.[62]) Mit Recht ist daher im zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz vom Jahre 1911 die Bezeichnung des Handelsgerichts als „Schiedsgericht" im erwähnten Zusammenhang fallen gelassen worden. § 83 lautet heute: „Handelsstreitigkeiten im Betrage von über 1000 Franken, die nicht unter die Bestimmungen der §§ 78 und 79 fallen, können von den Parteien auf dem Wege der Vereinbarung statt an das Bezirksgericht an das Handelsgericht gebracht werden".[63]) Ein Kollegialgericht kann überhaupt begriffsmäßig kein Schiedsgericht

---

[61]) Vergl. Schuppisser, a. a. O., S. 140; H. R. Suter, a. a. O., S. 16, und die von diesen Autoren angeführten, zum Teil heute noch gültigen Beispiele aus kantonalen Prozeßordnungen.

[62]) Meili, Das internationale Civilprozeßrecht, S. 300.

[63]) Eine ganz ähnliche Entwicklung wie Zürich hat der Kt. Bern durchgemacht, indem dort der § 373 der alten ZPO., der dem § 102 der zürch. ZPO. vom Jahre 1874 entsprach, in der ZPO. vom Jahre 1918 ebenfalls fallen gelassen worden ist, ferner der Kt. Uri, der in der ZPO. des Jahres 1852 den Parteien erlaubte, einen Schiedsrichter zu wählen oder die Streitsache einem an sich kompetenten Zivilgericht zur schiedsrichterlichen inappellabeln Entscheidung zu überlassen (vergl. Schurter und Fritzsche, Bd. II, 1, S. 474, und Bd. II, 2, S. 725 und 731).

sein, weil dieses das staatliche Gericht ja ausschließt.[64]) Mit Recht hat es das Bundesgericht als Gesamtbehörde daher wiederholt abgelehnt, und mußte es ablehnen, als Schiedsgericht zu fungieren.[65])

Daneben gibt es nun aber Rechtsinstitute, die nicht etwa fälschlicherweise als Schiedsgerichte bezeichnet werden, sondern die, Erzeugnisse des lebendigen Prozeßrechts, ein Mittelding zwischen Prorogation und Schiedsvertrag darstellen, Hierher gehört insbesondere das Verfahren „zu geschlossenen Handen", wie es in den Prozeßordnungen des Kantons Glarus seit alters her bekannt ist (ZPO. 1837, § 232; 1861, § 208; 1895, § 239 und 1930, § 225) und wie es auch im Kanton Thurgau zu neuem Leben erstanden ist (ZPO. 1928, § 223). Danach sind nämlich die Parteien befugt, den Richter in einem bereits anhängigen Streit vor der Urteilsfällung gemeinsam zu einem endgültigen Spruch nach freiem Ermessen zu ermächtigen.[66]) Hier liegt weder Prorogation noch Schiedsvertrag vor, Prorogation nicht, weil sich die Vereinbarung auch auf das anzuwendende Recht bezieht und einen Verzicht auf Rechtsmittel enthält, Schiedsvertrag nicht, weil ein bereits bestehendes staatliches und nicht ein gewillkürtes privates Gericht entscheidet.

Inwieweit in der widerspruchslosen Einlassung des Beklagten vor einem unzuständigen Gericht eine Prorogation liegt, wird im Zusammenhang mit der Kontroverse über die Rechtsnatur des § 39 der deutschen Zivilprozeßordnung näher zu untersuchen sein.

---

[64]) Vergl. auch BGE. 41, I, S. 248, Erw. 2.

[65]) Siehe Fehr, a. a. O., S. 11, der die Begründung, die das Bundesgericht für seine Ablehnung gibt, mit einer gewissen Berechtigung kritisiert, sowie BGE. 20, S. 865; 41, I, S. 248; Praxis des BGer 7, S. 2. Vergl. auch BGE. 45, III, S. 255.

[66]) Vergl. O. Böckli, Die Zivilprozeßordnung für den Kt. Thurgau, Leipzig und Frauenfeld 1930, S. 155, Anm. 1 zu § 223, sowie Schurter und Fritzsche, Bd. II, 2, S. 755/56, sowie im Text unten S. 92/93.

Die rechtliche Natur der Prorogation.

Ist die Vereinbarung der Zuständigkeit ein Vertrag, und ist sie, wenn man den Vertragscharakter bejaht, ein privatrechtlicher oder ein zivilprozessualer Vertrag? Zu diesen die Rechtswissenschaft der letzten Dezennien bewegenden Streitfragen sei im folgenden Stellung genommen.

Den Vertragscharakter der Prorogation hat man im allgemeinen nicht bestritten. Sperl steht in seiner Polemik gegen diese Auffassung von der Prorogation ziemlich allein.[67]) Seine Argumentation ist aber auch keineswegs überzeugend. Nach Sperl, dem es darum zu tun ist, seine weiter oben dargestellte Ansicht von der Prorogation als einer „gesetzlichen" Zuständigkeit zu stützen, ist die Prorogation „kein Vertrag, es nehmen nur Parteien, die daran denken, sie könnten sich einmal als Kläger und Geklagter gegenüberstehen, jetzt schon zwei nach Zweck und Inhalt übereinstimmende prozessualische Akte vor, sie unterwerfen sich demselben Gerichte".[68]) Diese Auffassung mutet konstruiert an und läßt sich rechtlich nicht halten. Nicht die einzelnen, vielleicht zufällig „nach Zweck und Inhalt übereinstimmenden" Unterwerfungserklärungen der Parteien bewirken die Zuständigkeit des an sich unzuständigen Gerichts, sondern die Vereinbarung der Zuständigkeit, d. h. das Zusammenspiel zweier übereinstimmender Willenserklärungen, ihr Austausch und ihre Annahme durch die Parteien. Dieser Tatbestand ist aber das Wesensmerkmal des Vertrages. Ebensowenig trifft der Einwand Sperls zu, die Prorogation sei kein Vertrag, weil sie zu nichts verpflichte. Die Prorogation verpflichtet die Parteien zur Anerkennung eines unzuständigen Richters, und Sperl setzt sich mit seinen eigenen Ausführungen in Widerspruch, indem er im obenstehenden Zitat selber von prozessualischen Unterwerfungsakten der Parteien spricht. Auch der Umstand, daß die Prorogation keine eigentliche Klage auf Erfüllung gewährt, besagt nichts gegen ihren Vertragscharakter. Eine Klage auf Erfüllung des Prorogationsvertrages ist der Natur nach, wenn auch nicht unmöglich — Reatz bejaht die Möglichkeit sogar ausdrücklich[69]) —, so doch zumindesten überflüssig. In der Erhebung der Klage vor dem an

[67]) Sperl, a. a. O., S. 64, und S. 115 ff.
[68]) Sperl, S. 115.
[69]) Reatz, a. a. O., S. 167.

sich unzuständigen Richter und in der Einlassung des Beklagten, dessen prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts im Hinblick auf die Zuständigkeitsvereinbarung nicht gehört wird, liegt ja bereits die Erfüllung. Wozu zuerst den Anspruch auf Anrufung des prorogierten Gerichts einklagen (und vor welchem Gericht?) und dann erst dieses selbst anrufen, statt unmittelbar an das prorogierte Gericht zu gelangen, nachdem es doch allgemein anerkannter Grundsatz ist, daß jeder Richter, also auch der prorogierte, seine Zuständigkeit selber prüft?[70]) Endlich geht auch der Einwand Sperls: „Ist die Vereinbarung ein Vertrag, warum bindet sie auch das Gericht?",[71]) fehl. Die Vereinbarung bindet das Gericht aus dem einfachen Grunde, daß das Gesetz diese Vereinbarung mit Rechtswirksamkeit ausstattet, d. h. sie für den Richter verbindlich erklärt. Die Zivilprozeßordnung normiert gewissermaßen anticipando die Zustimmung des Richters zur Vereinbarung der Parteien (ausgenommen natürlich dort, wo sie dem Richter ein Ablehnungsrecht vorbehält; hier ist die Zustimmung des Richters Gültigkeitserfordernis). Sperl bemüht sich demnach vergeblich, den Vertragscharakter der Prorogation zu widerlegen. Die Prorogation ist eben tatsächlich ein zweiseitiges, auf dem Austausch übereinstimmender Willenserklärungen beruhendes Rechtsgeschäft, wenn anders man unter Rechtsgeschäft mit von Tuhr „eine auf rechtliche Wirkung (Begründung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses) gerichtete Willensäußerung einer oder mehrerer Privatpersonen"[72]) versteht. Die Prorogation ist demnach begriffsmäßig ein Vertrag.

Bevor wir nun die Kernfrage anschneiden — privatrechtlicher oder prozeßrechtlicher Vertrag —, muß zuerst die Vorfrage beantwortet werden, ob es überhaupt prozeßrechtliche Verträge gibt, oder ob nicht etwa der Vertrag eine ausschließliche Domäne des Privatrechts ist. Dieser Streit darf heute als im Sinne der Anerkennung prozeßrechtlicher Verträge entschieden angesehen werden.[73]) Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb der Vertrag ein Monopol des Privatrechts sein und nicht vielmehr überall dort Existenzberechtigung haben sollte, wo das Gesetz den Rechtssubjekten gestattet, „ihre Lebensverhältnisse selbst zu ord-

---

[70]) So schon Adam, a. a. O., S. 84. Aehnlich hat in bezug auf das Schiedsgericht das Kassationsgericht des Kt. Zürich eine „Klage auf Erfüllung im gewöhnlichen Sinne" verneint, Bl. ZR, 8, Nr. 126, S. 228.

[71]) Sperl, a. a. O., S. 66.

[72]) von Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbband, S. 121.

[73]) So fast ausnahmslos alle neueren Kommentare zur deutschen ZPO., die Lehrbücher sowie das Reichsgericht, ebenso auch Wissenschaft und Judikatur in der Schweiz. Vergl. die Ausführungen im Text.

nen".[74]) Der Vertrag, sagt Kohler, ist eine „Rechtsfigur nicht nur des Civilrechts, sondern kann auf jedem Rechtsgebiet erzeugt werden, wo der Initiative des Individuums Einfluß gestattet wird".[75]) So gibt es Verträge auch im öffentlichen, namentlich im Verwaltungs-[76]) und eben im Prozeßrecht, nur daß der Spielraum hier, entsprechend dem öffentlichen Charakter dieser Rechtsgebiete, ein bedeutend kleinerer ist als im Privat- und speziell im Obligationenrecht, das vom Parteiwillen geradezu beherrscht wird. Mit der Feststellung, daß es Verträge auch auf dem Gebiete des Prozeßrechts gibt, ist die Voraussetzung für die Behandlung der Frage, zu welchem Vertragsrecht die Prorogation zu zählen ist, geschaffen.[77])

Prorogation wie Schiedsvertrag vermögen einen von Gesetzes wegen zuständigen Richter für nicht zuständig zu erklären und ihn durch einen anderen (staatlichen oder privaten) Richter zu ersetzen. Sie greifen damit in die Gerichtshoheit des Staates ein. Es liegt aber auf der Hand und wurde bereits ausgeführt, daß nur der Staat selber (und zwar auf dem Gebiete der Rechtspflege vermittels des Zivilprozeßrechts) darüber verfügen kann, inwieweit die Parteien durch ihre Vereinbarung die gesetzliche Ordnung beiseite schieben dürfen. Die Regelung des Schiedsvertrages und der Prorogation gehört daher ins Zivilprozeßrecht und nicht in das Privatrecht, das nur die materiell-rechtlichen Verträge regelt. Heute ist denn auch die Meinung vorherrschend, die den Schiedsvertrag und die Prorogation als prozessuale Rechtsgeschäfte ins Zivilprozeßrecht verweisen.[78]) Die Tatsache, daß Schiedsvertrag und Prorogation auch

---

[74]) von Tuhr, a. a. O., S. 18.

[75]) J. Kohler, Gesammelte Beiträge zum Civilprozeß, S. 127.

[76]) So spricht F. Fleiner vom „echten öffentlichrechtlichen Vertrag" im Verwaltungsrecht, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1928, S. 209 ff. Vergl. auch von Tuhr, a. a. O., S. 121, Anm. 25.

[77]) Restlos hat sich allerdings die Anerkennung der prozeßrechtlichen Verträge in der Rechtswissenschaft noch nicht durchgesetzt. So vermeidet es beispielsweise der Kommentar von Förster-Kann ganz bewußt, nämlich um die Analogie zum Privatrecht zu negieren, die Prorogation als einen Vertrag zu bezeichnen, sondern nennt sie eine prozeßrechtliche „Vereinbarung", was aber nur ein Ausweichen vor dem Problem bedeutet (Bd. I, S. 395). Auch Oertmann, Der vorgängige Rechtsmittelverzicht, ZZP. 45, S. 389 ff., spricht statt von Verträgen von „privatrechtlichen Akten mit prozeßrechtlicher Wirkung" (S. 406). Dagegen bezeichnet kurz darauf der Kommentar von Hellwig-Oertmann, Bd. II, 1919, den Schiedsvertrag bereits als einen prozessualen „Vertrag" (S. 103).

[78]) Anderer Meinung Schmidt, Lehrbuch, S. 153. Im übrigen variieren lediglich die Termini. Bunsen hat den Ausdruck „Prozeßrechtsgeschäft" geprägt, Prozeßrechtsgeschäfte, ZZP. 35, S. 401 ff., den auch Hellwig und der Kommentar von Jonas verwenden. Aehnlich sprechen Walsmann, Der Irrtum im Prozeßrecht, Archiv 102, S. 207, und W. Franke, Forderung und prozessualer Vertrag ZZP. 44, S. 118 ff., von „prozeßrechtlichen" oder „prozessualen Verträgen", Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, S. 198, von „prozessualer Vereinbarung" usw.

außerhalb des Prozesses und ihm vorgängig zustandekommen, ändert nichts an der Tatsache, daß beide nach Inhalt und Zweck prozessuale Rechtsgeschäfte sind,[79]) wie umgekehrt, etwa Kompensation, Kündigung, Wandelung und Minderung, auch wenn sie im Prozesse selbst vorgenommen werden — was man etwa seit Bunsen als „Rechtsgeschäfte im Prozeß" bezeichnet[80]) —, dadurch ihren privatrechtlichen Charakter nicht einbüßen.[81])

Schiedsvertrag und Prorogation beschlagen unmittelbar die Gestaltung des Prozesses, aber auch nur diese, sie regeln den Weg, auf dem ein materiell-rechtlicher Anspruch im Streitfall klargestellt und realisiert werden soll, sie besagen aber nichts über diesen materiellen Anspruch selber. Sie erschöpfen sich also im Zivilprozeßrecht'[82]) Es ist daher nur konsequent, wenn man den Standpunkt einnimmt, daß Schiedsvertrag und Prorogation nach allen Richtungen vom Zivilprozeßrecht beherrscht werden. Aber gerade hier gehen die Meinungen weit auseinander. So unterstellt Rosenberg diese beiden Institute ihrem Tatbestand nach „in jeder Beziehung dem bürgerlichen Recht", ihre prozessualen Folgen aber, insbesondere also ihre Zulässigkeit, dem Prozeßrecht. „Insofern mischen sich in derartigen Rechtsgeschäften privat- und prozeßrechtliche Elemente".[83]) Es ist etwa das Bild eines Baumes, der im Privatrecht wurzelt, aber seine Aeste ins Prozeßrecht treibt, das in der Literatur in verschiedenen Variationen wiederkehrt. So sagt Bunsen, die Wirksamkeit der Prozeßrechtsgeschäfte bestimme sich nach dem öffentlichen, ihre Zulässigkeit aber nach dem bürgerlichen Recht.[84]) Oertmann will die „Abschlußerfordernisse" der prozessualen Rechtsgeschäfte der ausschließlichen Herrschaft des bürgerlichen Rechts unterstellt wissen („wenigstens, soweit das Zivilprozeßrecht nichts Besonderes darüber bestimmt hat"), Inhalt und Wirkung dagegen dem Prozeß-

---

[79]) Vergl. Oertmann, Der vorgängige Rechtsmittelverzicht, ZZP. 45, S. 404.

[80]) Bunsen, Prozeßgeschäfte, ZZP. 35, S. 401.

[81]) Vergl. Oertmann, a. a. O., S. 404, und insbesondere J. Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, S. 84 und 91. Im übrigen unterscheidet Goldschmidt zwei Gruppen von prozessualen Parteihandlungen: die Erwirkungshandlung, das sind Anträge, Behauptungen und Beweisführungen, und die Bewirkungshandlungen, das sind alle anderen prozessualen Parteihandlungen, wobei diese die Zulässigkeit jener bestimmen. „So ist z. B. die Wirksamkeit eines Prorogationsvertrages bestimmender Faktor für die Zulässigkeit der Klage vor dem vereinbarten Gericht" (S. 82/83).

[82]) Hierin liegt auch ihr wesentlicher Unterschied zum Vergleich, der den Prozeß nur tatsächlich erledigt und daher kein prozessualer Vertrag ist. Der Vergleich „konsumiert das streitige Verhältnis und läßt ein neues an seine Stelle treten, so daß für den Prozeß kein Raum mehr ist"; Kohler, Gesammelte Beiträge, S. 148.

[83]) Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, S. 160.

[84]) Bunsen, Prozeßrechtsgeschäfte, ZZP. 35, S. 405/06.

recht.[85]) Aehnlich drücken sich Jonas und Stein aus.[86]) Andere Autoren wiederum verweisen für die Gültigkeitsbedingungen der prozessualen Verträge auf die Bestimmungen des Privatrechts über den Vertrag, so etwa Seuffert-Walsmann hinsichtlich des Schiedsvertrages.[87])

Dieses Auseinanderreißen der prozessualen Rechtsgeschäfte in einen privatrechtlichen und einen prozeßrechtlichen Bestandteil läßt sich u. E. wissenschaftlich nicht rechtfertigen. Wenn man die Möglichkeit prozessualer Verträge doch anerkennt, ist nicht einzusehen, warum diese Verträge nicht ausschließlich dem Prozeßrecht unterstehen sollten, genau so wie der obligationenrechtliche Vertrag dem Obligationenrecht und der familienrechtliche dem Familienrecht. Der wahre Grund für die Konstruktion einer Doppelnatur der prozessualen Rechtsgeschäfte liegt, so will uns scheinen, in der einfachen Tatsache, daß die Zivilprozeßordnungen es durchwegs unterlassen haben, die prozessualen Verträge ihrem ganzen Umfang nach zu regeln, und sich im wesentlichen auf die Normierung der Zulässigkeit derselben beschränkt haben. Die Subsumtion der Gültigkeitsbedingungen der prozessualen Verträge unter das Privatrecht ist daher im Grund nichts anderes als ein Notbehelf, um die Lücken der Zivilprozeßordnung auszufüllen.[88]) Da die Zivilprozeßordnung schweigt, muß man die Normen für die Gültigkeit der prozessualen Verträge eben anderorts suchen. Gäbe es in den Gesetzgebungen einen allgemeinen Teil des Rechts überhaupt, so würden wir dort den Begriff und das Wesen des Vertrages, wie er für alle Rechtsgebiete in gleicher Weise gilt, vorfinden. Im Privatrecht, im Verwaltungsrecht, in der Zivilprozeßordnung usw. würden dann nur mehr die spezifischen Eigenheiten des privaten, des prozeßrechtlichen, des verwaltungsrechtlichen Vertrages normiert werden. Bei einer solchen Regelung gäbe es keinen Zweifel, daß der prozeßrechtliche Vertrag ausschließlich dem Prozeßrecht angehört und dem privatrechtlichen Vertrag lediglich koordiniert ist. Nun fehlt aber ein solcher allgemeiner Teil des gesamten Rechts mit dem Ober-

---

[85]) Oertmann, a. a. O., S. 406.

[86]) Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Berlin 1933/34, Bd. I, Anm. II, 1c zu § 38. Stein, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 1928: „Ob der Schiedsvertrag dem materiellen oder dem Prozeßrecht angehört, ist seit langem streitig. Sein Inhalt und seine Wirkungen gehören jedoch bei unbefangener Betrachtung des geltenden Rechts beiden Gebieten gleichmäßig an" (S. 335).

[87]) Seuffert-Walsmann, a. a. O., Bd. II, S. 743.

[88]) Bezeichnend für diese Tatsache ist die Bemerkung von Oertmann: „Ich will mich aber an dieser Stelle zugunsten der prozeßrechtlichen Auffassung nicht festlegen, sondern die privatrechtliche — zwar nicht zugeben, aber — im folgenden zugrunde legen", Schiedsrichter und staatliches Recht, ZZP. 47, S. 127. Dieser Ausspruch beweist deutlich, daß die Subsumtion unter das Privatrecht rein praktischen Erwägungen entspringt.

begriff „Vertrag", und man ist daher gezwungen, diesen Oberbegriff erst zu suchen. Und da liegt es am nächsten, dasjenige Rechtsgebiet heranzuziehen, in dem der Vertrag die dominierende Rolle spielt, d. i. aber das Privat- und speziell das Obligationenrecht. Diese Methode, aus einem Rechtssatz einen Obersatz abzuleiten und diesen auf einen anderen ähnlichen Tatbestand anzuwenden, bezeichnet man als analoge Rechtsanwendung. Analoge Anwendung privatrechtlicher Normen auf das Prozeßrecht bedeutet daher keineswegs ein Zurückweichen des Prozeßrechts vor dem Privatrecht, sondern lediglich die Anwendung von Normen, die für beide Rechtsgebiete in gleicher Weise gelten, nur mit dem Unterschied, daß sie im einen Rechtsgebiet ausgesprochen sind, im anderen nicht. So greift man ja beispielsweise auch bei den Verträgen des Familien- und Erbrechts im schweizerischen Zivilgesetzbuch auf das Obligationenrecht zurück, ohne daß dies bedeutete, daß etwa ein Erbvertrag hinsichtlich seiner Zulässigkeit, soweit diese nicht im Erbrecht selbst geregelt ist, dem Obligationenrecht angehört. Dies würde selbst dann zutreffen, wenn das schweizerische Zivilgesetzbuch nicht im Art. 7 ausdrücklich festsetzte, daß die allgemeinen Bestimmungen des OR. über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge auch Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse finden sollen. Die analoge Anwendung privatrechtlicher Normen darf also auf keinen Fall mit der Geltung des Privatrechts verwechselt werden.

Es ergibt sich demnach: Schiedsvertrag und Prorogation unterstehen ausschließlich dem Prozeßrecht.[89]) Die Zivilprozeßordnung ist befugt, diese Verträge nach allen Richtungen hin zu regeln, d. h. aber nicht nur ihre prozessualen Folgen, sondern auch ihre Gültigkeitserfordernisse.[90]) So finden wir in den Zivilprozeßordnungen häufig die Vorschrift,

[89]) Der gleichen Meinung sind die schweizerischen Autoren: Leuch, Gesetz betreffend die Zivilprozeßordnung für den Kt. Bern, 1928, S. 36, und Schuppisser, der darauf hinweist, daß auch die Gerichte der Schweiz überwiegend die prozeßrechtliche Natur des Schiedsvertrages anerkennen und ihn ausschließlich dem Prozeßrecht unterstellen, a. a. O., S. 26 und 28.

[90]) Diese unbestrittene Tatsache widerlegt wohl am besten die Auffassung von der rechtlichen Doppelnatur der prozessualen Verträge. So muß beispielsweise Oertmann, der die Abschlußerfordernisse dieser Verträge ausschließlich dem bürgerlichen Recht unterstellt, dies doch dahin einschränken, das gelte „wenigstens, soweit das Zivilprozeßrecht nichts Besonderes darüber bestimmt hat, was es angesichts der prozeßrechtlichen Bedeutung derartiger Geschäfte ohne Ueberschreitung seiner Schranken hätte tun können, aber jedenfalls tatsächlich bei uns nur in sehr geringem Maße getan hat"; Oertmann, Der vorgängige Rechtsmittelverzicht, ZZP. 45, S. 406. Hier muß Oertmann zugeben, daß die Heranziehung des Privatrechts lediglich ein Notbehelf ist. Es geht aber nicht an, nur aus dem Grunde eine zum Teil privatrechtliche Natur der prozessualen Rechtsgeschäfte anzunehmen, weil das Zivilprozeßrecht es unterlassen hat, diese Rechtsgeschäfte nach allen Richtungen hin zu regeln, obwohl es dies, wie Oertmann ausdrücklich anerkennt, hätte tun dürfen.

daß ein Schiedsvertrag der schriftlichen Form bedarf (so z. B. § 359 der zürcherischen ZPO.). Soweit also das Zivilprozeßrecht selber Normen über die prozeßrechtlichen Verträge aufstellt, gehen diese als lex specialis den dem Privatrecht entnommenen allgemeinen Vertragsregeln vor. Soweit das Zivilprozeßrecht aber schweigt, findet das Privatrecht analoge Anwendung, mag dieser Hinweis auf das Privatrecht nun ausdrücklich erfolgen (wie beispielsweise in § 1027 der deutschen ZPO.)[91]) oder stillschweigend[92]). Aber auch dieses analog angewendete Privatrecht ist reines, wenn auch unausgesprochenes (immanentes) Zivilprozeßrecht.

In der Schweiz hat die Frage privatrechtlicher oder prozeßrechtlicher Vertrag eine besonders praktische Bedeutung, weil auf Grund von Art. 57 des Organisationsgesetzes über die Bundesrechtspflege im ersten Fall eine Berufung ans Bundesgericht zulässig ist, im zweiten dagegen nicht. Heute steht auch das Bundesgericht auf dem klaren Standpunkt, daß Verträge, die in die Zivilprozeßordnung eingreifen, dem Zivilprozeßrecht unterstehen. Die Entwicklung, die die Rechtssprechung des Bundesgerichts durchgemacht hat, zeigt sich am deutlichsten in seiner Einstellung zum Schiedsvertrag. Die frühere Praxis schrieb dem Schiedsvertrag privatrechtlichen Charakter zu. „Nun hat sich das Bundesgericht, von einzelnen Ausnahmen abgesehen, stets dahin ausgesprochen, daß solche Schiedsgerichtsklauseln privatrechtlichen Inhalts seien" (BGE. 39, II, S. 52, Erw. 2).[93]) Aber schon in einem Entscheid aus dem Jahre 1915 wird das Bundesgericht in seiner Haltung unsicher. Es bemerkt dort nämlich, der zivilrechtliche Charakter einer Klage auf Feststellung der Gültigkeit eines Schiedsvertrages dürfe „auch dann unbedenklich bejaht werden, wenn man in dem Schiedsvertrage entgegen der bisherigen

---

[91]) §1027: „Ist nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts ein mündlich geschlossener Schiedsvertrag gültig, so kann jede Partei die Errichtung einer schriftlichen Urkunde über den Vertrag verlangen".

[92]) Ebenso Leuch, a. a. O., S. 36. Anderer Meinung dagegen Hellwig, der jede analoge Anwendung des Privatrechts auf die prozessualen Rechtsgeschäfte ablehnt und die Lücken der ZPO. allein aus dem Geist des Zivilprozeßrechts ergänzen lassen will (System, Bd. I, S. 427), und ihm folgend Schuppisser, a. a. O., S. 34/36. Beide Autoren kommen aber auf einem Umweg doch wieder auf die analoge Anwendung des privaten Vertragsrechts zurück. Die Willenserklärungen der Kontrahenten, so führt Schuppisser in deutlicher Anlehnung an Hellwig aus, beurteilen sich „nach den dem Prozeßrecht eigentümlichen Erfordernissen, was nicht ausschließt, daß Grundsätze zur Anwendung kommen, die zwar nur das Privatrecht ausgesprochen hat, „... die aber allgemein gültige Rechtsgedanken enthalten" (hier zitiert Schuppisser Hellwig)", a. a. O., S. 35/36. Damit gibt aber Schuppisser gleich Hellwig seinen Ausgangspunkt preis und akzeptiert in aller Form die analoge Anwendung des Privatrechts.

[93]) Vergl. auch BGE. 7, S. 253; 13, S. 355; 24, II, S. 560/61; 27, II, S. 515/16; 37, II, S. 444.

Praxis nicht einen materiellrechtlichen, sondern einen prozeßrechtlichen Vertrag erblickt" (BGE. 41, II, S. 309). Und noch im gleichen Jahr (1915) hat das Bundesgericht mit seiner früheren Praxis grundsätzlich gebrochen und der von Kohler angeführten deutschen Rechtswissenschaft, der sich mit der Zeit auch das Reichsgericht anschloß, folgend, im vollen Umfang zum prozeßrechtlichen Charakter des Schiedsvertrages sich bekannt. In seinem bedeutsamen Entscheid Jörg contra Jörg, der über den Schiedsvertrag hinaus für die Stellung des Bundesgerichts zu den prozessualen Rechtsgeschäften überhaupt grundlegend geworden ist, führt das Bundesgericht aus:

„Bei erneuter und näherer Prüfung dieser Frage kann jedoch an der bisherigen Praxis nicht festgehalten werden. Ob dieser Vertrag (gemeint ist der Schiedsvertrag) zivilrechtlichen Charakter habe und ob er im besondern dem Bundesprivatrecht angehöre, hängt davon ab, welches der Inhalt des Vertrages sei, also welche Rechte und Verpflichtungen durch ihn für die vertragschließenden Parteien begründet werden. Als Recht kann nun jede Partei von der andern verlangen und als Pflicht schuldet sie ihrerseits der andern, daß jede nach Maßgabe des Schiedsvertrages den Ausschluß der staatlichen Gerichtsbarkeit und die Zulässigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens anerkenne, namentlich also zur Ernennung des Schiedsrichters Hand biete, dem vereinbarten Verfahren vor diesem sich unterziehe und dessen Entscheid als verbindlich gegen sich gelten lasse. Diese Rechte und Pflichten sind aber ausschließlich prozessualischer Natur; sie betreffen die Frage, wie vorzugehen sei, um über das materielle Streitverhältnis zwischen den Parteien durch einen verbindlichen Entscheid die erforderliche Rechtsgewißheit zu schaffen. Das Streitverhältnis selbst aber wird — anders als beim Vergleich — durch den Schiedsvertrag nicht geregelt oder irgendwie modifiziert. Die Parteien verfügen nicht über die streitigen materiellen Rechte und Verpflichtungen, sondern sie einigen sich lediglich auf ein Verfahren, um ihren Bestand oder Nichtbestand in beidseitig verbindlicher Weise festzusetzen; es wird der — publizistische — Rechtsschutzanspruch geregelt. Hiernach hat also der Schiedsgerichtsvertrag wesentlich prozeß-, nicht privatrechtlichen Inhalt. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß er nicht im Prozesse abgeschlossen wird (wie z. B. der gerichtliche Vergleich) und daß auf ihn, als einer außerhalb des zivilrechtlichen Gebiets liegenden Vertragsart, dennoch die vom Privatrecht aufgestellten Grundsätze über den Vertragsabschluß (betr. Willenseinigung usw.) analog anwendbar sein können, sei es kraft ausdrücklicher

gesetzlicher Anordnung, sei es aus Gründen sachlicher Natur" (BGE. vom 28. Mai 1915, 41, II, S. 537, Erw. 2).[94])

Darüber hinaus hat das Bundesgericht in diesem Entscheid ein Argument aufgegriffen, das schon vorher in der schweizerischen Rechtsliteratur gegen den privatrechtlichen Charakter des Schiedsvertrags ins Feld geführt worden war.[95]) Das Obligationenrecht behandle den Schiedsvertrag nirgends, obwohl er wegen seines besonderen Charakters einer näheren Regelung bedürftig wäre, behalte ihn andererseits aber auch nicht ausdrücklich dem kantonalen Rechte vor. „Aber, daß es ihn dennoch als diesem unterstehend betrachtet, muß daraus geschlossen werden, daß seit jeher zwar nicht die zivilprozessuale Natur des Vertrages, wohl aber sein enger Zusammenhang mit den Zivilprozeß anerkannt war und ihn demgemäß die Kantone sozusagen übereinstimmend (Graubünden scheint die einzige Ausnahme zu bilden) in ihren Zivilprozeßgesetzen geordnet haben. Alle diese kantonalen Bestimmungen wären bei einer einheitlichen Regelung des Vertrages von Bundes wegen dahingefallen und daher vom OR. wohl besonders als aufgehoben erklärt worden. In Wirklichkeit hat sie die bundesgerichtliche Praxis, auch im Berufungsverfahren stets als gültig behandelt... Daß das Obligationenrecht den Schiedsvertrag nicht ordnen, sondern dem kantonalen Recht vorbehalten will, ist denn auch die Ansicht der die Frage behandelnden Autoren...[96])

Aus diesen Erwägungen ist das Bundesgericht im Hinblick auf Art. 57 des Organisationsgesetzes über die Bundesrechtspflege auf die Sache

---

[94]) Aehnlich hat später der Appellationshof des Kantons Bern einmal entschieden — und zwar unmittelbar in bezug auf eine Gerichtsstandsklausel —, diese sei eine prozeßrechtliche Vereinbarung, deren Rechtswirkungen der Richter nach seinem eigenen Prozeßrecht zu beurteilen habe. Da das bernische Prozeßrecht keine Regeln über die Auslegung und Anwendung von Gerichtsstandsvereinbarungen enthalte, seien die Bestimmungen des allgemeinen Vertragsrechts (d. i. analog) anzuwenden. (Vergl. BGE. 56, I, S. 445).

[95]) Siehe Fehr, a. a. O., S. 25, und die dort enthaltenen Hinweise auf entsprechende Aeußerungen von Haberstich, Soldan, E. Huber u. a.

[96]) Auch Fritzsche teilt die Auffassung, daß das Schweigen des Obligationenrechts (und zwar schon desjenigen vom Jahre 1881) gewollt war. Vergl. Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen II, S. 54, sowie auch ZSR. n. F. Bd. 44, S. 225a (Die örtliche Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Obligationenrechts). Vergl. ferner das Urteil des zürcherischen Kassationsgerichts, Bl. ZR. 8, Nr. 126. Anderer Meinung ist Schuppisser, a. a. O., S. 21.

nicht eingetreten (vergl. den obenstehenden Entscheid, Bd. 41, II., S. 539).[97])

Eine besondere Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang das Kassationsgericht des Kantons Zürich, das den prozeßrechtlichen Charakter der prozessualen Verträge schon früher als das Bundesgericht klar erkannt und in offener Polemik gegen dessen frühere Praxis energisch verfochten hat. Das Kassationsgericht äußert in einem Urteil aus dem Jahre 1909 „ernsthafte Bedenken" gegen die Auffassung des Bundesgerichts und kommt zum Ergebnis, der Schiedsgerichtsvertrag gehöre nichts ins Privat-, sondern ins Prozeßrecht. „In der Tat richtet sich denn auch der Vertrag nicht auf Begründung oder Aufhebung von Privatrechten. Er geht vielmehr auf Ausschluß einer Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte und ist somit ein Eingriff in das Prozeßrecht. Es ist deshalb auch nur das Prozeßrecht, welches die Zulässigkeit eines solchen Vertrages bestimmt. Er ist daher ein prozeßrechtlicher Vertrag" (Bl. ZR. 8, Nr. 126, S. 228).[98])

Was das Bundesgericht und das Zürcherische Kassationsgericht hinsichtlich des Schiedsvertrages ausgeführt haben (und ihnen folgend auch die Mehrzahl der übrigen Gerichte der Schweiz)[99]), das gilt nun in gleicher Weise auch für die Prorogation. Wie beim Schiedsvertrag, so verfügen bei der Prorogation die Parteien, um mit dem Bundesgericht zu sprechen, „nicht über die streitigen materiellen Rechte und Verpflichtungen, sondern sie einigen sich lediglich auf ein Verfahren, um ihren Bestand oder Nichtbestand in beidseitig verbindlicher Weise festzusetzen;

---

[97]) Würde sich das Bundesgericht der in der deutschen Literatur vertretenen Auffassung von der Doppelnatur der prozessualen Rechtsgeschäfte anschließen, dann müßte es auf eine Berufung gegen einen kantonalen Entscheid über die Gültigkeit eines Schiedsvertrages eintreten, dürfte dagegen auf eine Berufung nicht eintreten, soweit es sich um die Entscheidung über Inhalt oder Folgen eines Schiedsvertrages handelt. Das Gleiche gilt auch für die übrigen prozessualen Rechtsgeschäfte. Es liegt auf der Hand, daß eine solche Differenzierung zu ständigen Komplikationen führen müßte. Auch aus diesem Grunde ist es daher von praktischem Wert, daß das Bundesgericht die prozessualen Verträge nach allen Richtungen hin dem Prozeßrecht unterstellt und die privatrechtlichen Normen, auch wenn dies in den Entscheidungen nicht immer klar zum Ausdruck kommt, einzig aus Gründen der analogen Rechtsanwendung heranzieht. Dabei ist allerdings nicht zu verkennen, daß diese Praxis des Bundesgerichts auf der anderen Seite im Sinne einer Aufrechterhaltung der Rechtszersplitterung wirkt, die namentlich in internationalrechtlicher Beziehung gewisse Bedenken begreiflich erscheinen lassen.

[98]) Angesichts dieses Entscheides des Kassationsgerichtes muß es einigermaßen auffallen, daß H. Sträuli noch in seinem im Jahre 1915 erschienenen Kommentar zur zürcherischen ZPO. kategorisch erklärt: „Schiedsgerichtsklauseln sind privatrechtlicher Natur" (S. 268). Zum mindesten wäre ein Hinweis auf die abweichende Auffassung des zürch. Kassationsgerichts und auch der einmütigen deutschen Rechtswissenschaft geboten gewesen.

[99]) Siehe oben S. 33, Fußnote 89.

es wird der — publizistische — Rechtsschutz geregelt". Und in der Tat ist nicht einzusehen, weshalb ein Vertrag, der die staatlichen Richter zugunsten privater ausschließt, ein prozeßrechtlicher sein soll, nicht dagegen ein Vertrag, der den einen staatlichen Richter zugunsten eines andern ausschließt oder neben jenem einen zweiten für zuständig erklärt; der prozessuale Charakter scheint bei der Prorogation sogar noch ausgeprägter, indem sich diese nur innerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit bewegt, während der Schiedsvertrag diesen Rahmen sprengt. So gibt es denn einen Entscheid, in dem das Bundesgericht implicite und ohne die letzten Konsequenzen zu ziehen, die prozeßrechtliche Natur der Prorogation zu einer Zeit erkannt oder vielleicht besser gesagt erfühlt hat, als es noch an der privatrechtlichen Natur des Schiedsvertrages entschieden festhielt. In dem betreffenden Entscheid aus dem Jahre 1898 hat das Bundesgericht befunden, daß eine Unterwerfung unter einen andern als den sonst zuständigen Richter keine „persönliche Ansprache" im Sinne von Art. 59 der Bundesverfassung darstelle, und es hat dies u. a. wie folgt begründet: „Sie (d. i. die vertragliche Unterwerfung) erzeugt nicht einen selbständigen Anspruch materiellrechtlicher Natur, sondern ordnet lediglich für den Fall eines Streites über die Hauptsache in accessorischer Weise die prozeßrechtliche Frage des Gerichtsstandes. Diese Frage kann deshalb auch nicht den Gegenstand eines selbständigen Prozesses bilden, und Art. 59 BV. findet auf einen Streit über dieselbe überhaupt keine Anwendung, da derselbe den Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten nur für die Geltendmachung selbständiger, persönlicher Ansprüche privatrechtlicher Natur vorschreibt." (BGE. 24, I, S. 60.) Es fehlt in diesem Entscheid zwar noch an der klaren Subsumtion unter das Prozeßrecht, immerhin offenbart sich deutlich das Widerstreben des Bundesgerichts, die Prorogation unter die privatrechtlichen Verträge einzureihen.

Von der gefundenen Grundlage aus — Prorogation ein rein prozeßrechtlicher Vertrag, auf den das Privatrecht lediglich analog und nur insoweit die Prozeßordnung schweigt, anwendbar ist — sei an einige spezifische Probleme des Prorogationsrechts herangetreten.

Entstehung und Untergang der Prorogation.

Während der Schiedsvertrag sehr oft an eine bestimmte Form gebunden ist, so in den meisten schweizerischen Prozeßordnungen,[100]) kann der Prorogationsvertrag meist formlos abgeschlossen werden.[101]) Da die Prorogation, wie gleich noch darzustellen sein wird, dem materiellen Vertrag gegenüber, auf den sie sich bezieht, grundsätzlich selbständig ist, gilt die Formfreiheit auch dann, wenn der Hauptvertrag selber an eine Form gebunden ist.[102]) Dagegen ist eine Form für die Prorogation selbstverständlich immer dann erforderlich, wenn die Prozeßordnungen dies ausdrücklich vorschreiben, so beispielsweise Art. 27 der bernischen ZPO., der sogar eine qualifizierte Form, nämlich eine „ausdrückliche schriftliche Vereinbarung", verlangt.[103]) Gelegentlich wird der urkundliche Nachweis der Prorogation gefordert, so in Oesterreich,[104]) doch bedeutet dies streng genommen keine Formvorschrift, weil der Vertrag selber formlos gültig ist, sondern eine Beweiserschwerung. Das Erfordernis einer Form schließt normalerweise eine stillschweigende Prorogation aus; doch kann der Formmangel durch vorbehaltlose Einlassung vor dem unzuständigen Richter geheilt werden, — also ein Fall der Konvaleszenz.[105])

Wo das Gesetz es vorsieht, kann die Prorogation sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend erfolgen. Der Hauptanwendungsfall der stillschweigenden (konkludenten) Prorogation ist die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten vor dem unzuständigen Richter. Begriffliche Voraussetzung aber auch der stillschweigenden Prorogation ist, oder sollte doch sein, das Bewußtsein der Parteien, daß sie sich einem an sich unzuständigen Richter unterwerfen.[106]) Andernfalls liegt begrifflich über-

---

[100]) Von 25 Zivilprozeßordnungen schreiben 18 eine Form vor. Vergl. Schuppisser, a. a. O., S. 38/39; Fehr, a. a. O., S. 26/28, sowie Fritzsche, Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen, II, S. 56.

[101]) Ueber den Grund dieser strengeren Vorschriften für den Schiedsvertrag siehe oben S. 24/25.

[102]) Vergl. Jonas, a. a. O., Anm. II, 1d zu § 38.

[103]) Vergl. Leuch, a. a. O., S. 36.

[104]) Vergl. Sperl, a. a. O., S. 47.

[105]) Wo das Gesetz allerdings ein unzuständiges Gericht durch vorbehaltlose Einlassung zuständig werden läßt, liegt nicht Konvaleszenz, sondern ein neuer selbständiger Zuständigkeitsgrund vor. Darüber Näheres weiter unten im Text.

[106]) Vergl. Adam, a. a. O., S. 34 und die historische Einleitung, oben S. 1 ff.

haupt keine Prorogation im Sinne einer Parteivereinbarung vor. Von dieser echten stillschweigenden Prorogation ist daher die bloß fingierte, die namentlich in der deutschen Rechtswissenschaft eine große Verwirrung angerichtet hat, und von der noch im besonderen die Rede sein soll, streng zu unterscheiden.

Die Prorogation kann v o r dem Prozeß vereinbart werden, und das wird gewöhnlich der Fall sein, oder auch w ä h r e n d des Prozesses vor dem unzuständigen Richter. Der späteste Zeitpunkt für die Prorogation ist immerhin der, in dem der unzuständige Richter durch ein anderes Moment, so insbesondere durch die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten zur Hauptsache, ohnehin zuständig wird.

Umstritten ist die Frage, ob die Prorogation auf Seiten der Parteien die P r o z e ß f ä h i g k e i t, d. i. die prozeßrechtliche Handlungsfähigkeit, voraussetzt oder ob es allein auf die allgemeine Vertrags-, d. i. die privatrechtliche Handlungsfähigkeit, ankommt.[107]) Grundsätzlich möchten wir das Erfordernis der Prozeßfähigkeit bejahen. Wer auf einen Prozeß einwirkt, sei es auch außerhalb des Prozesses, sollte dieselben Fähigkeiten besitzen wie derjenige, der einen Prozeß führt.[108]) Von großem praktischen Wert ist diese Frage indes nicht, weil jeder, also auch der prozessuale Vertrag, die allgemeine Handlungsfähigkeit voraussetzt, diese aber die Prozeßfähigkeit in der Regel in sich schließt. So setzt das deutsche Zivilprozeßrecht in § 51/52 die Prozeßfähigkeit ausdrücklich der Geschäftsfähigkeit gleich, und ähnlich stellen die kantonalen Prozeßordnungen fast durchwegs die bürgerliche Handlungsfähigkeit als das einzige Erfordernis für die Prozeßfähigkeit hin.[109]) Auch das Bundesgericht bezeichnet die Prozeßfähigkeit als einen Teil der Handlungsfähigkeit.[110]) Dieser Standpunkt wird von der schweizerischen Rechtswissenschaft geteilt, die in der Prozeßfähigkeit übereinstimmend einen Ausfluß der zivil-

---

[107]) Die Prozeßfähigkeit ist „der prozessuale Parallelbegriff zur bürgerlichrechtlichen Geschäftsfähigkeit, wie die Parteifähigkeit der prozessuale Parallelbegriff zur bürgerlichrechtlichen Rechtsfähigkeit ist"; G o l d s c h m i d t, a. a. O., S. 83.

[108]) Ebenso W a c h, Handbuch, S. 502; S t e i n - J o n a s, a. a. O., S. 136; S e u f f e r t - W a l s m a n n, a. a. O., S. 70; W a l s m a n n, Archiv 102, S. 207; M e i l i, Das internationale Civilprozeßrecht, S. 297; F e h r, a. a. O., S. 33; S c h u p p i s s e r, a. a. O., S. 33/34.

[109]) Vergl. S c h u r t e r und F r i t z s c h e, Bd. I, S. 488, wo allerdings hinzugefügt wird: „doch kennt das Prozeßrecht weitere Beschränkungen, die sich aus dem materiellen Rechte nicht ableiten lassen, die aber um ihres prozeßrechtlichen Charakters willen gleichwohl rechtswirksam sind".

[110]) „. . . daß die Prozeßfähigkeit ebenso einen Teil der Handlungsfähigkeit bildet wie die Parteifähigkeit einen Teil der Rechtsfähigkeit, und daß daher die Kantone einerseits alle nach Bundesrecht handlungsfähigen Personen als prozeßfähig anzuerkennen haben, andererseits aber solchen Personen, die von Bundesrechts wegen nicht handlungsfähig sind, auch die Prozeßfähigkeit nicht zuerkennen können" (BGE. 42, II, S. 555).

rechtlichen Handlungsfähigkeit erblickt.[111]) Die kantonalen Zivilprozeßordnungen haben diese Auffassung zum Teil im Gesetz selbst niedergelegt, so Zürich im § 29 und Bern in Art. 35 ihrer Zivilprozeßordnungen.[112])

Wo das Gesetz dem Richter ein Ablehnungsrecht einräumt, wie dies in vielen kantonalen Prozeßordnungen der Fall ist, wird die Zuständigkeit erst mit der Anhandnahme des Prozesses durch den unzuständigen Richter begründet, wobei diese Anhandnahme ebenfalls konkludent erfolgen kann. Man wird das Ablehnungsrecht des Richters als eine von Gesetzes wegen geltende Suspensivbedingung auffassen dürfen. Lehnt der Richter die Annahme der Prorogation ab, dann fällt diese endgültig dahin, und es bleibt bei der gesetzlichen Zuständigkeit, „denn sonst würde eine Rechtsverweigerung entstehen".[113])

Der Untergang der Prorogation ist normalerweise anzunehmen, wenn die Prorogation „erfüllt" ist, d. h., wenn das unzuständige Gericht den Prozeß anhand genommen hat. Ist die Prorogation für eine mögliche Mehrheit von Streitigkeiten vorgesehen, so fällt sie erst dahin, wenn alle Möglichkeiten eines Streites erschöpft sind. Der „Erfüllung" ist nach allgemeinen Grundsätzen die Zweckerreichung gleichzustellen. So entfällt die Prorogation, wenn etwa der Beklagte seinen Wohnsitz an den Ort des prorogierten Gerichts verlegt, dieses also ordentlicherweise zuständig wird, und ebenso, wenn das sachlich unzuständige Gericht durch eine gesetzliche Erweiterung seiner Zuständigkeit oder durch ein rein tatsächliches Moment — indem sich z. B. im Falle des § 83 des zürcherischen GVG. der Beklagte in der Zwischenzeit ins Handelsregister hat eintragen lassen — zur Beurteilung des Streites ohnehin zuständig wird. Ferner geht die Prorogation unter durch Unmöglichwerden der „Erfüllung", indem beispielsweise das prorogierte Gericht aufgehoben wird; auch in diesem Falle bleibt es bei der ursprünglichen Zuständigkeit resp. lebt diese wieder auf. Endlich geht die Prorogation auch durch contrarius actus unter, d. i. durch den ausdrücklichen oder stillschweigenden Aufhebungsvertrag der Parteien. Ein solcher ist natürlich wiederum nur bis zum Augenblick möglich, in dem das unzuständige Gericht durch ein selbständiges anderes Moment (die vorbehalt-

---

[111]) Vergl. A. Egger, Kommentar zum Personenrecht, 1930, Anm. II, 2 zu Art. 12, S. 153; E. Hafter, Kommentar (Gmür) zum Personenrecht, S. 109; H. Sträuli, Kommentar zur zürcher. ZPO., S. 31; Leuch, a. a. O., S. 47.

[112]) „Jede handlungsfähige Person ist befugt, ihre Rechte vor Gericht selbst zu verfolgen oder zu verteidigen" (§ 29 der zürch. ZPO.). „Wer nach dem Zivilrecht handlungsfähig ist, kann seine Rechte als Partei selbständig vor Gericht verfolgen und verteidigen" (Art. 35 der bernischen ZPO.).

[113]) Meili, Das internationale Civilprozeßrecht, S. 305). Vergl. auch Leuch, a. a. O., S. 37, sowie BGE. 34, I, S. 434,Erw. 2.

lose Einlassung) zuständig wird. Hat der Richter mit seiner Tätigkeit begonnen, so können die Parteien seine Zuständigkeit nicht mehr aufheben, kann aber auch der Richter von seinem eventuellen Ablehnungsrecht keinen Gebrauch mehr machen. „Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet."[114])

Oertmann hat die allerdings nur theoretisch interessante Frage aufgeworfen, ob es überhaupt zulässig sei, daß die Parteien, nachdem einmal ein Gericht durch ihre Vereinbarung zuständig geworden sei, diese Zuständigkeit, bevor es zum Prozeß kommt, durch eine neue Vereinbarung wieder aufheben, und er hat diese Frage mit der folgenden Begründung bejaht: „Erkennt das geltende Recht den Parteiwillen in unsern Fällen die Kraft zu, prozeßrechtliche Wirkungen herbeizuführen, so ist es schwerlich unfolgerecht, wenn man ihm auch die entsprechende Fähigkeit zubilligt, durch gegenteiligen, aufhebenden Akt die entstandenen Wirkungen wieder zu beseitigen."[115]) Diese Ueberlegung ist gewiß folgerichtig, aber noch nicht absolut zwingend. Das entscheidende Moment dürfte eher in der Tatsache liegen, daß die Parteien ja berechtigt sind, das prorogierte Gericht bis zur Anhandnahme des Prozesses durch eine neue Prorogation zugunsten eines andern, also auch zugunsten des früher zuständigen ordentlichen Gerichtes wieder auszuschließen. Zudem kann sich der Beklagte immer dem gesetzlichen Richter durch seine vorbehaltlose Einlassung auf die Klage unterwerfen, da dieser niemals von sich aus prüfen darf, ob eine Prorogation vorliegt. Eine praktische Bedeutung kommt der von Oertmann aufgeworfenen Frage nicht zu.

Nach allgemeinem Grundsatz kann die Prorogation auch dort formlos aufgehoben werden, wo ihre Begründung an eine Form gebunden ist.

Durch den Untergang des materiellen Anspruchs, auf den sie sich bezieht, geht die Prorogation nicht ohne weiteres unter. Vielfach bildet ja gerade die Frage, ob dieser materielle Anspruch noch besteht oder nicht, den Gegenstand des Prozesses. „Ein schon erloschenes Recht kann so gut eingeklagt werden wie eines, das nie bestand. . . Novation, Erfüllung, Zahlung, Erlaß, Verjährung heben den Anspruch stofflich auf, aber formell kann er noch immer erhoben werden"[116]) Aehn-

[114]) Vergl. Adam, a. a. O., S. 19, und Sperl, a. a. O., S. 96. Dagegen konnten nach der badischen Zivilprozeßordnung vom Jahre 1851 und der württembergischen vom Jahre 1868 die Parteien in jedem Stadium des Prozesses übereinkommen, dem prorogierten Richter die Zuständigkeit wieder zu entziehen (siehe Sperl, S. 96, Anm. 3).

[115]) Oertmann, Der vorgängige Rechtsmittelverzicht, ZZP. 45, S. 413.

[116]) Sperl, a. a. O., S. 150.

lich hat das Bundesgericht einmal ausgeführt: „. . . es können die kompetenzbegründenden Tatsachen völlig unabhängig von den anspruchsbegründenden dastehen, und der Streit über das Vorhandensein einer gültigen Prorogation braucht sich durchaus nicht notwendigerweise mit demjenigen über die Begründetheit des Anspruchs zu decken, oder auch nur zu berühren" (BGE. 24, I., S. 61). Praktisch ist ja auch eine Abhängigkeit der Prorogation vom Bestand oder Nichtbestand des materiellen Anspruchs nicht gut denkbar. Ob nämlich der materielle Anspruch besteht oder nicht, ergibt sich oft eben erst durch den Prozeß. Ein Gericht kann sich doch aber nicht aus einem Grunde für unzuständig erklären, der überhaupt noch nicht abgeklärt ist. Vollends ist es ausgeschlossen, daß ein Gericht die Hauptfrage, nämlich den Bestand des materiellen Anspruchs, in der Prüfung seiner Zuständigkeit vorfragenweise entscheidet.

Im engen Zusammenhang mit dieser Frage steht die andere, inwieweit die Prorogationsabrede vom Schicksal des Vertrags, auf den sie sich bezieht oder dessen Bestandteil sie äußerlich bildet, abhängig ist. Da sich die Prorogation im Zweifel auch auf den Streit über die Begründetheit des materiellen Anspruchs und den Bestand des Hauptvertrages bezieht, wird man eine solche Abhängigkeit grundsätzlich verneinen müssen.[117]) Die Nichtigkeit oder Widerrechtlichkeit des Hauptvertrages berührt die Prorogation regelmäßig ebensowenig wie eine für den Hauptvertrag geltende Formvorschrift. Verschiedentlich wird diese Auffassung dahin eingeschränkt, die Verbindung der Prorogation mit einem nichtigen bürgerlichen Vertrage habe ihre Nichtigkeit nur dann zur Folge, „wenn anzunehmen ist, daß sie nicht ohne jenen abgeschlossen worden wäre"[118]), oder wenn, etwas anders ausgedrückt, die Prorogation nur „eine unselbständige Nebenbestimmung" des Vertrags[119]) ist. Doch scheint uns damit nicht viel gewonnen; denn die Frage, ob der Hauptvertrag nichtig ist, muß ja, wie eben ausgeführt wurde, häufig erst durch den Prozeß vor dem an sich unzuständigen Richter entschieden werden, sie kann also nicht die Voraussetzung für die Gültigkeit der Prorogation sein. Den circulus vitiosus, in den man sonst geriete, hat das zürcherische Obergericht in einem jüngeren Entscheide deutlich nachgewiesen. „Wenn aber auch angenommen würde", heißt es dort, „daß die Gerichtsstandsklausel im vorliegenden Falle

[117]) Ebenso Jonas, a. a. O., Anm. II, 1e zu § 38 und das dort angeführte Urteil des Reichsgerichts, sowie Sperl, a. a. O., S. 99.
[118]) Goldschmidt, a. a. O., S. 66 und S. 108.
[119]) Seuffert-Walsmann, a. a. O., S. 71.

vom Schicksal des Hauptvertrages abhängig sei, so müßte doch in Betracht gezogen werden, daß die prozessualen Wirkungen dieser Nebenvereinbarung heute nur als dahingefallen gelten könnten, wenn entweder die Parteien über die Unverbindlichkeit des Hauptvertrages einig wären oder diese Unverbindlichkeit bereits gerichtlich festgestellt wäre. Dem ist jedoch nicht so. Daß der Vertrag vom . . . für ihn unverbindlich sei, ist einstweilen nur eine unbewiesene Behauptung des Klägers. Wenn der Beklagte gegen diesen auf Einhaltung des Vertrages klagen würde und diese Klage gemäß Vertrag an einem vom Wohnort des Klägers verschiedenen Gerichtsstand angebracht werden müßte, wäre jener gezwungen, sich an den vereinbarten Gerichtsstand zu halten. Etwas anderes kann für den Kläger nicht gelten, da der von ihm geltendgemachte Anfechtungsgrund prozessual erst wirksam wird, wenn er festgestellt ist."[120]) Stellt sich aber die Nichtigkeit des Hauptvertrages im weiteren Verlauf des Prozesses heraus, dann bleibt das Gericht zuständig, weil es bei der Anhägigmachung des Prozesses zuständig war. (Siehe oben S. 41.) „Wenn das Gericht bei Anhängigmachung der Klage auf Grund der Prorogation zuständig war, so muß diese einmal vorhandene Kompetenz bis zur Erledigung des Prozesses fortbestehen."[121])

Es ergibt sich also, daß die Prorogation selbständigen Charakter trägt und das Schicksal des Hauptvertrages nicht notwendigerweise teilt.[122]) Ob sie gültig ist oder nicht, ist vom prorogierten Richter, da dieser seine Zuständigkeit ja selber prüft, aus ihrer eigenen Natur als Vereinbarung heraus zu beurteilen. Und da nun die Prorogation ebenfalls ein Vertrag ist, wird sie häufig das Schicksal des Hauptvertrages teilen und gleich diesem nichtig sein, aber eben nicht, weil sie einen Teil dieses nichtigen Hauptvertrages bildet, sondern weil sie selber den Erfordernissen des Gesetzes nicht entspricht. Dies gilt insbesondere für das Vorliegen von Willenmängeln.

---

[120]) Bl. ZR. 31, Nr. 107, S. 200.
[121]) Ibid.
[122]) Es ist ja auch denkbar, daß sich die Prorogation überhaupt auf keinen anderen Vertrag bezieht, sondern auf Streitigkeiten, die eine Gesetzesnorm betreffen, z. B. das Nachbarrecht.

Willensmängel.

Man ist sich in der Rechtswissenschaft heute darin einig, daß Willenserklärungen im Zivilprozeßrecht in höherem Grade als im Privatrecht mehr nach ihrem objektiven Sinn, nach der Erklärung, wie sie vernünftigerweise zu verstehen ist, als nach dem inneren Willen der Parteien auszulegen sind.[123]) Das bringen der öffentlich-rechtliche Charakter der Zivilprozeßordnung und insbesondere das Erfordernis einer klaren und endgültigen Prozeßsituation mit sich; das Abstellen auf den wirklichen Willen der Parteien würde der Trölerei Tür und Tor öffnen. Aus diesem Grunde ist die analoge Anwendung der privatrechtlichen Lehren von den Willensmängeln auf das Zivilprozeßrecht verschiedentlich rundweg abgelehnt worden.[124]) Diese Auffassung geht u. E. zu weit. Gewiß ist es richtig, daß das Zivilprozeßrecht die Willensmängel (Irrtum, Täuschung, Drohung) zum guten Teil selber berücksichtigt und eine in integrum restitutio gewährt, so etwa den Widerruf eines Geständnisses gestattet[125]), aber ebenso richtig ist, daß die Zivilprozeßordnungen das Gebiet der Willensmängel keineswegs erschöpfen. Diese Lücken sind aber wiederum aus den allgemeinen Rechtsgedanken, wie sie am deutlichsten im Privatrecht ausgesprochen sind, zu ergänzen, d. h., es ist das Privatrecht analog anzuwenden.[126]) Vollends muß dies dort gelten, wo das Zivilprozeßrecht Verträge der Parteien, wie gerade die Prorogation und den Schiedsvertrag, für rechtswirksam erklärt. Hier ist die Berücksichtigung von Willensmängeln schon begriff-

---

[123]) Vergl. allgemein die eingehende Abhandlung von Walsmann, Der Irrtum im Prozeßrecht, Archiv 102, S. 1 ff. Ferner auch Stein-Jonas, a. a. O., S. 422; R. Schmidt, Lehrbuch, S. 360; Seuffert-Walsmann, a. a. O., S. 232/33.

[124]) So Förster-Kann, a. a. O., S. 398/99; Goldschmidt, a. a. O., S. 108; Hellwig, System, I, S. 131 und 427; Schuppisser, a. a. O., S. 34, und ähnlich auch Rosenberg, a. a. O., S. 168/69.

[125]) Vergl. Förster-Kann, I, S. 398/99, Stein-Jonas, S. 423.

[126]) Das müssen ja letzten Endes selbst so entschiedene Gegner der analogen Anwendung des Privatrechts wie Hellwig und Schuppisser zugeben. Vergl. oben S. 34, Fußnote 92. Die analoge Anwendung des Privatrechts muß durchaus nicht dem „Geist der Zivilprozeßordnung", den Hellwig bei der Ausfüllung von Lücken des Zivilprozeßrechts allein gelten lassen will, widersprechen (System I, S. 427). Im Gegenteil, vermittelst der Analogie sucht man ja gerade Normen herauszuschälen, die im Sinne und Geiste beider Rechtsgebiete liegen, auch wenn sie nur im einen ausgesprochen sind. Vergl. auch Oertmann, Der vorgängige Rechtsmittelverzicht, ZZP. 45, S. 408. Auf demselben Boden bewegt sich auch die Praxis des Bundesgerichts. Vergl. BGE. 36, I, S. 600; 41, II, S. 538/39.

lich unerläßlich. Hält beispielsweise der Beklagte das unzuständige Gericht irrtümlicherweise für zuständig, so liegt überhaupt keine Vereinbarung einer Zuständigkeit vor; denn diese setzt das Bewußtsein der Unzuständigkeit und den Willen voraus, eine abweichende Zuständigkeit zu vereinbaren.[127]) Aus dieser Einsicht heraus hat selbst Walsmann, der die prozeßrechtlichen Verträge im übrigen nach allen Richtungen dem Prozeßrecht unterstellt, die Anfechtung einer Prorogation wegen Irrtums ausdrücklich anerkannt, weil eben zum Tatbestand der Prorogation „ein rechtserheblicher Erklärungs- und Erfolgswille gehört".[128]) Die Gefahren, die aus der Berücksichtigung der Willensmängel für das Wesen der Zivilprozeßordnung entstehen könnten, sind aus einem sehr einfachen Grunde nicht zu überschätzen. Das Prozeßrecht setzt ja der Geltung der Willensmängel beim Schiedsvertrag und bei der Prorogation eine klare Schranke, indem es sie zeitlich beschränkt. Mit dem Augenblick der Anhandnahme des Prozesses schiebt das Zivilprozeßrecht den Parteiwillen regelmäßig überhaupt beiseite und löst ihn durch ein rein objektives Moment, die vorbehaltlose Einlassung schlechthin, ab. Eine nachträgliche Berufung auf Willensmängel ist damit ausgeschlossen, und der Prozeß kann ungestört seinen Verlauf nehmen.[129]) Es dürfte nicht zuletzt dieser Gedanke gewesen sein, der den Gesetzgeber bestimmt hat, neben dem Zuständigkeitsgrund der Vereinbarung denjenigen der vom Parteiwillen unabhängigen vorbehaltlosen Einlassung in die Zivilprozeßordnung einzuführen.

---

[127]) „... von Seite der Parteien bedarf es stets des übereinstimmenden positiven Willens, über die Unzuständigkeit des Gerichts hinwegzusehen; dieser Wille wird aber durch irrtümliche Annahme der Zuständigkeit ausgeschlossen", Fitting, Zur Lehre vom sogenannten vereinbarten Gerichtsstande nach der Reichs-Civilprozeßordnung, Archiv 63, S. 223.

[128]) Walsmann, Der Irrtum im Prozeßrecht, Archiv 102, S. 213.

[129]) Zutreffend bemerkt Jonas: „Ein die Willenseinigung ausschließender Irrtum kommt jedoch, wie bei allen Prozeßhandlungen, ... als solcher nur insoweit zur Geltung, als der Partei noch die prozessuale Möglichkeit zu seiner Geltendmachung offen steht, also dem Beklagten nicht der § 39 und dem Kläger nicht die Tatsache der Erhebung der Klage entgegensteht" (Anm. II, 1c, zu § 38).

Inhalt und Schranken der Prorogation.

Die Zivilprozeßgesetze führen den zulässigen Inhalt einer Prorogation in der Regel abschließend auf. Die Prorogation bedeutet, wie dargestellt wurde, einen Einbruch in die staatliche Gerichtshoheit und bedarf daher der genau umschriebenen Ermächtigung durch den Gesetzgeber. Aus dem gleichen Grunde ist die Prorogation einschränkend zu interpretieren. „L'élection de domicile (und diese ist ja nur eine besondere Form der Prorogation) est une dérogation au droit commun et l'on en doit conclure qu'il faut restreindre les effets."[130])

Die allgemeine Schranke, die das Zivilprozeßrecht der Prorogation zieht, ist das öffentliche Interesse.[131]) Soweit an einer Zuständigkeitsnorm ein öffentliches Interesse besteht, ist die Prorogation ausgeschlossen. So heißt es beispielsweise in der Zivilprozeßordnung des Kantons Neuchâtel vom Jahre 1925 ausdrücklich: „Lorsque le for n'est pas déterminé pour des raisons d'ordre public, les parties, peuvent, par convention, pour une ou plusieurs affaires spéciales soumettre leurs différends à un tribunal qui serait incompétent aux termes des articles ci-dessus de la présente section."[132]) Zumeist aber tritt das öffentliche Interesse an einer Zuständigkeit in der Weise in Erscheinung, daß der Gesetzgeber ausschließliche Zuständigkeiten normiert, das sind eben Zuständigkeiten, die durch

---

[130]) Berriat-Saint-Prix, Cours de procédure civile, I, S. 234. Siehe auch Deybeck, S. 24. Aehnlich hat das Bundesgericht ausgeführt: „... or il est de jurisprudence constante que les clauses de prorogation de for ne doivent pas être interprétées extensivement" (BGE. 43, II, S. 733, Erw. 1). Dabei muß man allerdings berücksichtigen, daß das Bundesgericht im Hinblick auf Art. 59 BV. an die Prorogation einen besonders strengen Maßstab legt.

[131]) Meili, Der Civil- und Strafprozeß des Kantons Zürich und des Bundes, 1882, Bd. II, S. 87, und Meili, Grundriß zu akademischen Vorlesungen über das Civilprozeßrecht, Zürich 1888, S. 20.

[132]) Code de procédure civile 1925, Art. 14, al. 1.

Parteivereinbarung nicht beseitigt werden können.[133])[134]) Ausschließlicher Zuständigkeit begegnen wir, von den Sondergerichten, den Vollstreckungs-, Rechtshilfegerichten u. ä. abgesehen, insbesondere im Gebiete des Personen-, Familien-, Erb- und Sachenrechts, d. i. also im Zivilrecht als Gegensatz zum Obligationenrecht.[135]) Die eigentliche Domäne des Prorogationsrechts ist daher das Vermögensrecht, das klassische Reservat des freien Parteiwillens. Vielfach ist dies ausdrücklich gesagt, wie z. B. in § 40, Abs. 2 der deutschen ZPO, in § 31 der ZPO. von Basel-Land und in § 11 derjenigen von Basel-Stadt, manchmal findet sich statt dessen eine andere Umschreibung. So wird die Prorogation gelegentlich auf die Fälle beschränkt, in denen den Parteien ein „freies Verfügungsrecht" über den Streitgegenstand eingeräumt ist, wie z. B. in Art. 74 des GVG. des Kanton Bern vom Jahre 1909, — eine Wendung, der man häufiger in der Umschreibung der Zulässigkeit des Schiedsvertrages begegnet.[136]) In der Tatsache, daß die Prorogation eine Abweichung von der gesetzlichen Zuständigkeit bildet, liegt es weiter begründet, daß die Prorogation vielfach nur für ein bestimmtes oder doch zumindesten bestimmbares Streitverhältnis zugelassen wird, wie dies etwa § 40, Abs. 1 der deutschen ZPO.

---

[133]) „Die Vereinbarung ist unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, oder wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist" (§ 40, Abs. 2 der deutschen ZPO.). Ganz ähnlich § 11, Abs. 1 der ZPO. des Kantons Basel-Stadt.

[134]) Leuch unterscheidet zwischen ausschließlichen und zwingenden Gerichtsständen und will die Prorogation als nur auf die letzteren unanwendbar hinstellen (a. a. O., S. 38). Keine zwingenden Gerichtsstände sind nach Leuch alle diejenigen, die lediglich im Interesse der Parteien aufgestellt sind. Diese sollen der Prorogation demnach auch dann zugängig sein, wenn sie ausschließlicher Natur sind. Mit Recht hat K. Etter, Der erstinstanzliche prozessuale Vorfragenentscheid im schweizerischen Zivilprozeßrecht, Zürcher Dissertation 1926, diese Unterscheidung als unbegreiflich bezeichnet (S. 79, Anm. 16). Ausschließliche Zuständigkeit kann doch gar nichts anderes bedeuten als eben eine Zuständigkeit, die alle anderen, insbesondere die gewillkürten, ausschließt. Und wenn ähnlich wie Leuch H. Sträuli in seinem Kommentar zur zürcherischen ZPO. vom Jahre 1915 meint, nach zürcherischem Recht könne „der ausschließliche Gerichtsstand des § 5 (d. i. der Gerichtsstand der Erbschaft) durch ein vereinbartes Forum ersetzt werden", so ist dies nicht ganz korrekt und besagt im Grunde doch nur, daß der Gerichtsstand der Erbschaft zwar ein besonderer Gerichtsstand im Sinne des Marginale zu ZPO. §§ 3 ff. ist, aber eben kein ausschließlicher (Sträuli, Anm. 5 zu § 16, S. 20).

[135]) „Die Gerichtsstände des ZGB. haben meist ausschließlichen Charakter; sie können, soweit es sich um Rechtsverhältnisse handelt, über die den Parteien ein Verfügungsrecht nicht zusteht, auch auf dem Wege der Prorogation nicht umgangen werden", Schurter und Fritzsche, a. a. O., Bd. I, S. 462.

[136]) Dieser Umschreibung entspricht die andere, wonach die Parteien einen Schiedsvertrag nur soweit eingehen können, als sie über den betreffenden Streitgegenstand einen Vergleich schließen dürfen. Vergl. § 1025 der deutschen ZPO. und Bunsen, Prozeßrechtsgeschäfte, ZZP. 35, S. 412.

vorsieht.[137]) In der Praxis ergibt sich diese Beschränkung meist von selbst, indem die Prorogation in der Regel nicht selbständig, sondern als Klausel zu einem andern, dem Hauptvertrag, verabredet wird.

Im übrigen variieren die Vorschriften über den Inhalt der Prorogation von Land zu Land und von Kanton zu Kanton. Während die deutsche ZPO. in § 38 die funktionelle Zuständigkeit ausschließt, im übrigen aber die sachliche Prorogation grundsätzlich für ebenso zulässig erklärt wie die örtliche, beschränken die Prozeßordnungen der Schweiz die Prorogation zumeist auf die örtliche Zuständigkeit, den „Gerichtsstand", lassen dagegen vielfach, wenn auch nur in ganz bestimmten Einzelfällen, eine Prorogation nach der funktionellen Seite zu. (Vergl. weiter unten S. 79 ff.) In diesem Zusammenhang sei noch kurz auf die Frage, inwieweit die an sich zuständigen Gerichte durch Prorogation ausgeschlossen werden können, eingetreten, weil diese Frage an das Wesen der Prorogation rührt und daher ein wissenschaftliches Interesse bietet.

Es gibt zwei Formen der Prorogation, die wahlweise (fakultative) und die ausschließende (exklusive). Die Parteien können vereinbaren, daß neben dem Gericht A das an sich unzuständige Gericht B zur Beurteilung eines Rechtsstreites zuständig sein soll, sie können aber auch vereinbaren, daß statt dem Gericht A das Gericht B zuständig sein soll. Schon Wach und Deybeck haben die Zulässigkeit einer ausschließenden Prorogation mit der Begründung bejaht, daß die Prorogation sonst einen guten Teil ihres praktischen Wertes einbüßen müßte.[138]) Eine Vermutung besteht nach der herrschenden Ansicht weder zugunsten der wahlweisen noch der ausschließenden Prorogation.[139]) Ob die Parteien das zuständige Gericht haben ausschließen wollen, ist quaestio facti. Es ist im Einzelfall zu untersuchen, in wessen Interesse die Prorogation abgeschlossen worden ist. Für den Kläger (Gläubiger) ist natürlich die wahlweise Prorogation vorteilhafter, während der Beklagte (Verpflichtete), der beispielsweise nicht am Orte A verklagt werden will, regelmäßig an der Ausschließung interessiert

[137]) Vergl. Rosenberg, a. a. O., S. 89, und ähnlich die andern Lehrbücher und Kommentare zur deutschen ZPO. Nach dem deutschen Recht erscheint es insbesondere unzulässig, eine Zuständigkeitsvereinbarung für alle Streitigkeiten, die jemals zwischen den Parteien entstehen können, zu treffen.

[138]) Wach, Handbuch I, S. 504, und Deybeck, a. a. O., S. 60.

[139]) So übereinstimmend die meisten Kommentare zur deutschen ZPO. und das Reichsgericht. Vergl. Jonas, a. a. O., Anm. II, 2, zu § 38, ferner auch Bunsen, Prozeßrechtsgeschäfte, ZZP. 35, S. 421.

ist.[140]) Gibt auch der konkrete Tatbestand keine genügenden Anhaltspunkte, dann sollte u. E. wahlweise Prorogation angenommen, d. h. es sollte die Ausschließung einer gesetzlichen Zuständigkeit im Zweifel nicht vermutet werden.[141]) Die Ausschaltung eines staatlichen Gerichts ist die weitergehende Vereinbarung und diejenige, die sich vom Wesen der Zivilprozeßordnung mehr entfernt, sie sollte daher nur dann angenommen werden, wenn sie von den Parteien nachweisbar gewollt ist.[142])

Streitig ist, u. E. zu Unrecht, ob es zulässig ist, durch Prorogation sämtliche staatlichen Gerichte auszuschließen, derart, daß überhaupt kein staatliches Gericht mehr zuständig ist. Eine solche Abrede scheint uns mit dem Begriff der Prorogation unvereinbar; denn Prorogation bedeutet Zuständigwerden eines anderen staatlichen Gerichts. Die Parteien haben, wie weiter oben ausgeführt worden ist, lediglich ein Wahlrecht zwischen mehreren staatlichen Gerichten. Gewiß ist es zulässig, daß die Parteien sich auf die Vereinbarung beschränken, das Gericht A auszuschließen, aber doch nur dann, wenn zumindest noch ein zweites Gericht B zuständig ist und automatisch, d. h. ohne daß die Parteien dies erwähnen müssen, als einziges zuständig bleibt.[143]) Streng genommen liegt hier überhaupt keine Prorogation, das ist Zuständigwerden eines an sich unzuständigen Gerichts, vor, sondern der Ausschluß des Wahlrechts unter mehreren zuständigen Gerichten durch Parteivereinbarung. Angesichts des klaren Wortlautes des § 38 der deutschen ZPO. — „Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der

---

[140]) So liegt die élection de domicile des französischen Rechts durchwegs im Interesse des Klägers (Gläubigers), dem neben dem ordentlichen Gericht noch ein zweites wahlweise zur Verfügung gestellt werden soll. Vergl. auch BGE. 56, I, S. 449, und die dort angeführte französische Literatur; ferner auch Bunsen, Prozeßrechtsgeschäfte, ZZP. 35, S. 421.

[141]) So auch Bl. ZR. 2, Nr. 53, und 23, Nr. 80. Aehnlich auch Sydow-Busch-Krantz, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz (de Gruyter'sche Sammlung deutscher Gesetze. Handkommentare, Berlin und Leipzig 1930), S. 77, wo bemerkt wird, daß die Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes als Ausnahme zu betrachten sei. — Anders liegen die Dinge beim Schiedsvertrag, der zwar auch wahlweise neben der ordentlichen Gerichtsbarkeit vereinbart werden kann, wobei aber im Zweifel die Vermutung, dem Charakter des Schiedsvertrags entsprechend, für den Ausschluß der staatlichen Gerichte spricht. Vergl. Kohler, Gesammelte Beiträge, S. 142. Anderer Meinung ist Schuppisser, der mit der Analogie zur Prorogation operiert (a. a. O., S. 14), die uns aber gerade hier zu versagen scheint.

[142]) „Das gesetzlich zuständige Gericht wird erst dadurch unzuständig, daß die Parteien die vereinbarte Gerichtszuständigkeit als eine ausschließliche gewollt haben", Sydow-Busch, a. a. O., S. 77.

[143]) „Die Vereinbarung kann sich aber auch darauf beschränken, das eine oder andere sonst zuständige Gericht (nicht alle) auszuschließen, ohne die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts zu begründen", Rosenberg, a. a. O., S. 88.

Parteien zuständig" — ist es nur schwer verständlich, daß in der Rechtswissenschaft unter dem Titel der „Prorogation" überhaupt ein Streit darüber entstehen konnte, ob es zulässig sei, sämtliche zuständigen Gerichte auszuschließen, ohne gleichzeitig ein anderes Gericht als zuständig zu bezeichnen.[144])

Eine ganz andere Frage ist, ob es überhaupt zulässig ist, durch Parteivereinbarung sämtliche zuständigen Gerichte auszuschließen; nur hat diese Frage mit der Prorogation nichts zu schaffen. Ein solcher Ausschluß bedeutet, sofern nicht gleichzeitig ein Schiedsvertrag geschlossen wird, in Tat und Wahrheit nichts anderes als den Verzicht auf die Klagbarkeit, auf den Rechtsweg, Trotzdem hat beispielsweise das deutsche Reichsgericht eine auf Ausschluß des Klageweges gerichtete Vereinbarung als rechtswirksam anerkannt.[145]) Gegen die Zulässigkeit eines „Exklusionsvertrages" hat sich mit großer Schärfe namentlich Bunsen gewandt. Das subjektive Recht ist wesenlos, wenn es sich nicht betätigen kann oder darf. „Der Anspruch auf Betätigung gehört zum regelmäßigen Inhalt der Rechte... Im Streitfalle kann das Recht seine Betätigung, soweit nicht die Selbsthilfe erlaubt ist, nur im Wege der Rechtshilfe finden. Ohne gleichzeitige Eröffnung eines andern nicht verbotenen Weges der Betätigung auf die Rechtshilfe verzichten, heißt also entweder auf das Recht selbst verzichten oder den Berechtigten auf einen verbotenen Weg verweisen."[146]) In der Tat muß man sich fragen, ob ein Verzicht auf den Rechtsweg nicht einen vom Gesetz verpönten Eingriff in die Persönlichkeitsrechte, also im Sinne von Art. 27 des schweizerischen Zivilgesetzbuches die Einschränkung der persönlichen Freiheit in einem „das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade" darstellt oder doch darstellen kann. Soweit dies der Fall ist, müßte ein Verzicht auf die Klagbarkeit für nichtig erklärt werden.[147]) Gegen die Zulässigkeit eines solchen Verzichtes ließe sich auch noch das Argument anführen, das Gesetz kenne den Verzicht auf die Klagbarkeit nur in der Form des Schiedsvertrages, der ein Surrogat für den staatlichen Rechtsweg darstellt, und diese Tatsache berechtige zur Schlußfolgerung, daß der Gesetzgeber

---

[144]) Vergl. die Angaben bei Förster-Kann, Bd. I, S. 147, über diese Kontroverse in der deutschen Rechtswissenschaft.

[145]) Vergl. Deutsche Juristenzeitung, Bd. 13, Sp. 483.

[146]) Bunsen, Prozeßrechtsgeschäfte, ZZP. 35, S. 410, Anm. 13. J. Kohler verneint die Zulässigkeit von Exklusionsverträgen zumindestens für die dringlichen Klagen, Gesammelte Beiträge, S. 130.

[147]) Aehnlich meint Bunsen, „ein solcher Verzicht würde also ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft enthalten und deshalb nichtig sein", a. a. O., S. 410.

eben nur diese einzige Möglichkeit eines Verzichtes auf die Klagbarkeit für zulässig habe erklären wollen.

Weniger weit als der Verzicht auf die Klagbarkeit geht der vertragliche Ausschluß von Rechtsmitteln. Kaum bestritten und wohl selbstverständlich ist die Zulässigkeit des Verzichts auf ein Rechtsmittel nach Erlaß des Urteils,[148]) während der vorgängige Rechtsmittelverzicht vielfach abgelehnt wird, so namentlich von Oertmann in seiner ausschließlich diesem Problem gewidmeten Abhandlung,[149]) ebenso von Goldschmidt, der den vorgängigen Rechtsmittelverzicht für „prozessual unbeachtlich" erklärt und vom Reichsgericht in den bei Goldschmidt angeführten Entscheiden.[150]) Demgegenüber hat schon Kohler die Zulässigkeit eines vorgängigen Rechtsmittelverzichts bejaht und u. a. mit der Zulässigkeit des Schiedsvertrages begründet.[151]) Auf dem gleichen Standpunkt steht auch das schweizerische Bundesgericht, das beispielsweise den in den Statuten einer Aktiengesellschaft enthaltenen Verzicht auf die Berufung ans Bundesgericht als rechtsgültig anerkannt hat.[152]) Ausdrücklich zugelassen, ja vom Gesetzgeber begünstigt, ist der vorgängige Rechtsmittelverzicht in dem bereits behandelten Verfahren „zu geschlossenen Handen" in den Kantonen Glarus und Thurgau.

Die eben behandelte Vereinbarung einer ausschließenden Zuständigkeit ist von der im Gesetz vorgesehenen ausschließlichen Zuständigkeit streng zu unterscheiden. Nur diese ist im eigentlichen Sinne eine ausschließliche, indem sie jede andere Zuständigkeit schlechtweg ausschließt, während jene „keine eigentliche ausschließliche Zuständigkeit

---

[148]) Vergl. immerhin die grundsätzlichen Bedenken von Walsmann, Der Irrtum im Prozeßrecht, Archiv 102, S. 208/09.

[149]) Oertmann, Der vorgängige Rechtsmittelverzicht, ZZP. 45, S. 389 ff., insbesondere S. 415 ff. Dagegen bejaht Oertmann die Zulässigkeit des Verzichtes auf ein bereits gegebenes Rechtsmittel (d. i. also nach der Urteilsfällung), weil es sich hier um die Verfügung über „ein erworbenes, in seiner Tragweite sofort übersehbares Recht" handle (S. 422).

[150]) Goldschmidt, a. a. O., S. 161.

[151]) Kohler, Gesammelte Beiträge, S. 136/37. Dem gegenüber hat Oertmann die Analogie zum Schiedsvertrag als falsch bezeichnet, weil der Rechtsmittelverzicht im Gegensatz zum Schiedsvertrag ein Stück Rechtsschutz ersatzlos beseitige (a. a. O., S. 417).

[152]) Vergl. Schweizerische Juristenzeitung, Bd. 5, S. 79, Nr. 127. Wenn das Obergericht und das Kassationsgericht des Kt. Zürich den Verzicht auf die Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Schiedsvertrag für ungültig erklärt haben (Bl. ZR. 23, Nr. 245, S. 248 ff., ebenso auch Sträuli, Kommentar, S. 274), so läßt sich dieser Entscheid doch nicht gegen den eben angeführten des Bundesgerichts ausspielen; denn beim Schiedsvertrag ist noch ein spezifischer Faktor zu berücksichtigen, nämlich der, daß die Nichtigkeitsbeschwerde vielfach das einzige Mittel ist, um der Willkür des privaten Schiedsrichters zu begegnen oder ihr vorzubeugen, während normalerweise selbst der vorgängige Rechtsmittelverzicht zumindesten ein staatliches Gericht beläßt.

im Sinne des Gesetzes ist, daher jederzeit durch neue Vereinbarung geändert oder aufgehoben werden kann".[153]) Die Prorogation schließt ein Gericht nur kraft des Parteiwillens aus und daher nur solange, als die Parteien diese Ausschließung wünschen, sie begründet also eine bloß relativ ausschließliche Zuständigkeit. Die prorogierte Ausschließlichkeit ist im Gegensatz zur gesetzlichen eine verzichtbare. Wo das Gesetz von ausschließlichen Gerichtsständen spricht, sind darunter immer nur die kraft Gesetzes ausschließlichen zu verstehen. Ausschließliche Zuständigkeit im Sinne des Gesetzes bedeutet ja gerade eine Zuständigkeit, die durch Parteivereinbarung nicht beseitigt werden kann.

---

[153]) Rosenberg, a. a. O., S. 89. Vergl. auch Jonas, a. a. O., Anm. III zu § 38.

Die Übertragbarkeit der Prorogation.

Die Prorogationsabrede ist zwar, wie wir gesehen haben, vom Hauptvertrag grundsätzlich unabhängig, andererseits ist sie aber doch durch ihn bedingt. Insofern besteht nämlich eine tatsächliche Akzessorietät, als die Prorogation allein nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sein kann; vom materiellen Anspruch, auf den sie sich bezieht, losgelöst, schwebt sie in der Luft. Eine andere Frage dagegen ist es — und auf diese sei im folgenden hingewiesen —, inwieweit die Prorogationsabrede mit dem Hauptvertrag auf einen Dritten übertragen werden kann.[154]) Selbstverständlich gilt auch hier, daß, soweit das Zivilprozeßrecht selber Normen aufstellt, was aber unseres Wissens nicht der Fall ist, diese vorangehen.

Unbestritten ist, daß die Prorogation durch Universalsukzession auf den Erben übergeht.[155]) Der Erbe rückt in die gesamte rechtliche Persönlichkeit des Erblassers, also in alle seine Rechte und Pflichten ein. Die Prorogation involviert aber das Recht, vor einem an sich unzuständigen Richter zu klagen, resp. die Pflicht sich vor demselben verklagen zu lassen. Was für den Erben, muß in gleicher Weise für die anderen Fälle der Gesamtnachfolge gelten. Darüber hinaus wird heute aber auch die Möglichkeit der Uebertragung der Prorogation auf einen Sondernachfolger, insbesondere den Zessionar, grundsätzlich bejaht.[156]) Der Gedanke, daß durch die Zession weder die Rechtslage des Gläubigers noch diejenige des Schuldners verschlechtert werden soll, muß auch für die Prorogation zutreffen. Dabei wird die Prorogation nicht als ein Nebenrecht, sondern als ein Vorzugsrecht betrachtet, das, in der

---

[154]) Vergl. hierzu E. Eckstein, Wirken prozessuale Verträge für und gegen den Zessionar des materiellen Anspruchs? Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 56, S. 458 ff.; Franke, Forderung und prozessualer Vertrag, ZZP. 44. S. 118 ff.; Grunewald, Deutsche Juristenzeitung, Bd. 12, Sp. 1143; J. Kohler, Ueber die Succession in das Prozeßrechtsverhältnis, Gesammelte Beiträge, S. 293 ff.

[155]) Vergl. BGE. 35, I, S. 557, und in bezug auf die Schiedsgerichtsklausel Schweiz. Juristenzeitung 18, S. 227, Nr. 176, und Bl. ZR. 24, Nr. 221.

[156]) Vergl. Franke, a. a. O., S. 121; Eckstein, a. a. O., S. 461, sowie die in BGE. 56, I, S. 509 angeführte deutsche Rechtsauffassung, ferner Bl. ZR. 20, Nr. 96, und 24, Nr. 221; Leuch, a. a. O., S. 36, sowie hinsichtlich des Schiedsvertrages den Entscheid des Reichsgerichts, wonach in neuerer Zeit in der Rechtswissenschaft vollständige Uebereinstimmung herrscht, daß dem Uebergang der Rechte aus dem Schiedsvertrag auf einen Sondernachfolger rechtliche Bedenken nicht entgegenstehen (Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 56, S. 182 ff.).

Schweiz gemäß Art. 170 OR., mit der Forderung auf den Zessionar übergeht.[157]) Zu diesen Vorzugsrechten werden ganz allgemein nicht nur Privatrechte, sondern auch die sogenannten Exekutionsrechte gezählt, wie namentlich das Konkursprivileg[158]), die durch Prozeß oder Betreibung erworbenen Rechte und „ebenso der durch Schiedsgerichtsklausel eintretende Ausschluß der staatlichen Gerichtsbarkeit über die Forderung" (von Tuhr), folglich auch die Prorogationsabrede.[159]) Dabei versteht es sich von selbst, daß vom Uebergang auf den Zessionar alle diejenigen Rechte ausgeschlossen sind, „die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind" (Art. 170 OR.), das sind die höchstpersönlichen Rechte. Umgekehrt wird man annehmen müssen, daß die Prorogation auch als Pflicht (nämlich zur Einlassung vor dem unzuständigen Richter) auf den Zessionar übergeht, d. h., daß die Prorogation zu den Einreden zu zählen ist, die dem Schuldner der Forderung des Zedenten gegenüber zustanden und die der Schuldner daher gemäß Art. 169 OR. auch dem Zessionar gegenüber geltend machen kann.[160]) Doch ist diese Auffassung bestritten. So will Eckstein zwar die prozessualen Vorzugsrechte ohne weiteres auf den Zessionar übergehen lassen, nicht aber umgekehrt die aus der Prorogation sich ergebende prozessuale Verbindlichkeit, sondern er fordert hierfür eine besondere Uebernahme durch den Zessionar, resp. dessen ausdrücklichen Beitritt.[161]) Es ist aber nicht einzusehen, warum durch die Zession nur die Rechtslage des

---

[157]) Vergl. Oser-Schönenberger, Kommentar zum OR. 1929, 2. Aufl., S. 735; Becker, Kommentar (Gmür.) zum OR., S. 636; Staudinger, Kommentar zum BGB., ist der Ansicht, daß sich der Zessionar auf die Gerichtsstandsvereinbarung berufen kann, aber aus einem etwas anderen Grunde, nämlich „weil die abgetretene Forderung von dem neuen Gläubiger in der gleichen Weise, insbesondere am gleichen Orte, geltend zu machen ist, wie sie von dem alten Gläubiger geltend zu machen war... Es handelt sich hier also um eine der Forderung von selbst anhaftende Eigenschaft" (Bemerkung IV, 3, zu § 401, S. 815).

[158]) „Die Konkursprivilegien haften nicht der Person des Privilegierten, sondern der Forderung an und gehen daher nicht nur bei Universalsukzession auf den Erben des Gläubigers, sondern auch bei Singularsukzession auf den neuen Erwerber über, also z. B. auch auf den in die Rechte des Gläubigers eintretenden zahlenden Bürgen usw...", C. Jäger, Das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1911, Bd. II, S. 136. Vergl. auch von Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2. Halbbd., S. 741, Anm. 43.

[159]) von Tuhr, a. a. O., S. 741; Oser-Schönenberger und Becker, wie oben Fußnote 157.

[160]) So auch der Kommentar Oser-Schönenberger, der die Auffassung vertritt, die Einrede des Art. 169 OR. beziehe sich auch auf die prozessuale Geltendmachung, z. B. die Einrede des Schiedsvertrages, wobei er freilich hinzufügt, daß das Zivilprozeßrecht entscheide, ob der Uebergang stattfinde (a. a. O., S. 733). Nun schweigt aber das Zivilprozeßrecht hierüber, so daß eben doch Art. 169 OR. analog anzuwenden ist.

[161]) Eckstein, a. a. O., S. 463.

Gläubigers nicht soll verschlechtert werden dürfen, wohl aber diejenige des Schuldners.[162])

Das Bundesgericht hat noch bis vor kurzem den Standpunkt eingenommen, die Zession berühre die Zuständigkeitsvereinbarung nicht ohne weiteres, und hat auch die Subsumtion derselben unter die Einreden vom Art. 169 OR. abgelehnt (so insbesondere in BGE. 56, I, S. 184 ff.). Aber noch im gleichen Jahre (1930) hat sich das Bundesgericht zur gegenteiligen Auffassung bekannt und entschieden, daß „unter den Rechten, die zediert werden, auch dasjenige aus der Prorogationsklausel zu verstehen" sei. „Um ein Nebenrecht im Sinne von Art. 170 OR. handelt es sich dabei wohl nicht, sondern um eine Eigenschaft der Forderung, die ähnlich der Schiedsgerichtsklausel (von Tuhr, OR., 18, 741) mit der Forderung auf den Zessionar übergeht" (BGE. 56, I, Erw. 1, S. 509).[163]) Zur Stütze seines neuen Standpunktes erinnert das Bundesgericht in diesem Entscheide daran, „daß auch die Konkursprivilegien der Forderung anhaften und mit ihr übergehen" (S. 510). Und nur für den Fall schließt das Bundesgericht den Uebergang der Prorogation auf den Zessionar aus, daß sie höchst persönlichen Charakter trägt. „Es ist gewiß denkbar, daß eine Partei der andern gegenüber oder zwei Parteien gegenseitig auf den Wohnsitzrichter verzichten aus Gründen, die höchst persönlicher Natur sind und die für einen Rechtsnachfolger nicht mehr zutreffen" (S. 508), — eine Einschränkung, die sich aus Art. 170 OR. ohne weiteres ergibt.

Was von der vertraglichen Zession gilt, trifft selbstverständlich auch auf die gesetzliche Zession zu, wie dies BGB. § 412 ausdrücklich bestimmt. So kann sich insbesondere der zahlende Bürge in seinem Regreß-

---

[162]) Der Kommentar von Staudinger zu § 404 BGB. (der Art. 169 OR. entspricht) führt an, es lasse sich nicht allgemein sagen, ob der Schuldner eine prozessuale Einrede auch dem neuen Gläubiger gegenüber geltend machen könne. Es hänge dies davon ab, „ob die Einrede sich im einzelnen Falle auf eine der abgetretenen Forderung an sich anhaftende Eigenschaft gründet oder nicht. Das wird immer der Fall sein bei der Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes... meist wohl auch beim Schiedsvertrag. Doch kann die Auslegung des Vertrages auch ergeben, daß die Einrede des Schiedsvertrages gegenüber dem Zessionar nicht begründet ist" (Anm. I, 3, S. 821). Becker verneint die Anwendung des Art. 169 OR. auf die prozessualen Einreden. Ob diese dem Zessionar entgegen gehalten werden können, bestimme sich ausschließlich nach dem betreffenden Prozeßrecht (a. a. O., S. 634), — womit allerdings, da sich das Zivilprozeßrecht ausschweigt, nichts gewonnen ist. Vergl. auch Franke, a. a. O., S. 120.

[163]) Aehnlich hat das Bundesgericht übrigens schon früher einmal, in Anlehnung an einen Entscheid des Basler Zivilgerichts, entschieden, daß, wenn eine kantonale Zivilprozeßordnung dies nicht ausdrücklich verbiete, der Rechtsnachfolge in die Zuständigkeitsvereinbarung nichts entgegenstehe. „Daß es sich aber bei dem Rechte aus dem Prorogationsvertrag um ein an sich übertragbares und nicht um ein höchstpersönliches Recht handelt, ergibt sich u. a. daraus, daß dasselbe feststehendermaßen auf den Universalsukzessor übergeht..." (BGE. 35, I, S. 557).

anspruch gegen den Hauptschuldner gemäß Art. 505, Abs. 1 OR., auf eine zwischen diesem und dem ursprünglichen Gläubiger geschlossene Prorogation berufen.[164]) Immerhin ist das der Bürgschaft zugrundeliegende Rechtsverhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen mit zu berücksichtigen. Ergibt sich die Bürgschaft beispielsweise aus einem Auftrag und ist für Streitigkeiten aus demselben ebenfalls eine Prorogationsabrede getroffen worden, so wird man dieser die Priorität vor der anderen, durch Zession übergehenden Prorogation zuerkennen müssen, zumindesten, wenn jene erste Prorogation im Interesse des Schuldners liegt. Von der Regreßnahme abgesehen berührt eine Prorogationsabrede zwischen Hauptschuldner und Gläubiger den Bürgen nicht.[165]) Der Bürge haftet lediglich für den jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit, nicht aber für eventuelle, vom Hauptschuldner eingeräumte Privilegien in der prozessualen Geltendmachung.

Auch im übrigen hat die Prorogation Bedeutung nur zwischen den Parteien. Dritte können sie nicht in Anspruch nehmen. Einer Ausnahme von dieser Regel begegnen wir etwa dort, wo auf der einen Seite die öffentliche Verwaltung Kontrahentin ist und bei der Vereinbarung einer Zuständigkeit auch Interessen Dritter im Auge hat. So hat das Bundesgericht entschieden, daß eine Gerichtsstandsvereinbarung in einem Vertrag zwischen dem Kanton Obwalden und einem privaten Bauunternehmer dahin auszulegen sei, daß sich dieser am prorogierten Gerichtsstand auf alle Klagen einzulassen habe, die zufolge des Bauunternehmens gegen ihn erhoben würden, und zwar in concreto auch die Klagen von Warenlieferanten und Arbeitern.[166])

Von den vorstehend angeführten Eigenheiten abgesehen, gelten auch für die Prorogation die allgemeinen Schranken, die dem Parteiwillen gezogen sind. Ihr Inhalt darf insbesondere weder widerrechtlich noch unsittlich sein (Art. 20 OR.). Diese im Privatrecht aufgestellte Vorschrift muß ebenso wie auch diejenige betreffend den Schutz der Persönlichkeit (Art. 27 ZGB.) auf die Verträge im öffentlichen Recht analoge Anwendung finden, weil der Rechtsgrund hier wie dort der gleiche ist, nämlich das Bestreben des Gesetzgebers, den Schwächeren zu schützen

---

[164]) Vergl. BGE. 35, I, S. 557, wo zu den auf den zahlenden Bürgenden übergehenden Rechten speziell auch dasjenige aus einem Prorogationsvertrag gerechnet wird, „insoweit wenigstens der Bürge ein Interesse an dem Uebergang dieser Rechte besitzt". Vergl. auch Oser, Kommentar, S. 879.

[165]) So Jonas, a. a. O., Anm. II, 1a zu § 38; Sydow-Busch, a. a. O., S. 78; Deybeck, S. 84; Sperl, S. 107; Leuch, S. 36.

[166]) BGE. 41, I, S. 97/98, ähnlich auch BGE. 33, I, S. 749, wo es sich allerdings um den Gerichtsstand der Zweigniederlassung und nicht denjenigen der Vereinbarung handelte.

und die Freiheit der Willensbildung nach Möglichkeit zu gewährleisten.[167]) Aus der gleichen Erwägung heraus gilt für die prozessualen Verträge auch der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB.). So hat der Appellationshof des Kantons Bern ausgeführt, da das bernische Prozeßrecht keine Regeln über die Auslegung und Anwendung von Gerichtsstandsvereinbarungen enthalte, seien die Bestimmungen des allgemeinen Vertragsrechts, speziell Art. 2 ZGB., anwendbar (siehe BGE. 56, I, S. 445), und das Bundesgericht hat dementsprechend entschieden, Art. 2 ZGB. könne „als subsidiärer kantonaler Rechtsgrundsatz angesehen und deshalb die Gültigkeit und Wirksamkeit einer nach kantonalem Prozeßrecht zu beurteilenden Vereinbarung über den Gerichtsstand ... ihm unterstellt werden" (BGE. 56, I, S. 448).

Auf die Prorogation analog anzuwenden sind endlich auch die Bestimmungen des Privatrechts über Bedingungen und Termin.[168]) Immerhin findet die Wirksamkeit von Bedingungen und Terminklauseln ihre natürliche Schranke in der Regel, daß, wenn das Gericht einmal zuständig geworden ist, es auch weiterhin zuständig bleibt. Dadurch werden insbesondere Resolutivbedingung und Endtermin betroffen.

---

[167]) Ebenso Schuppisser, a. a. O., S. 36. — Das Bundesgericht hat die oben erwähnten Grundsätze im Hinblick auf die Natur von Art. 59 BV. besonders streng befolgt. Ja, der Bund ist im Schutz der Persönlichkeit sogar soweit gegangen, daß er in bestimmten Fällen die Prorogation rundweg für ungültig erklärt hat, so im BG. über Handelsreisende vom Jahre 1930 (Vergl. BGE. 58, I, S. 306, und weiter unten im Text).

[168]) So schon Deybeck, a. a. O., S. 97.

Der Zuständigkeitsgrund der vorbehaltlosen Einlassung.

(Die Fiktion der „stillschweigenden Vereinbarung".)

§ 38 der deutschen ZPO. lautet: „Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig". Im Anschluß daran heißt es in § 39: „Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat." Diese beiden Paragraphen sowie der § 40[169]) stehen, und diese Tatsache ist bedeutsam, unter dem gemeinsamen Obertitel „Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte".

Um die Rechtsnatur des § 39 tobte in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts (1879 bis 1888) ein gewaltiger Kampf.[170]) Der § 39 war die Modestreitfrage par excellence, und die Rufer in diesem Streite waren in beiden Lagern die bedeutendsten Juristen ihrer Zeit.. Hie Präklusion, hie Vereinbarung! — lauteten die Kampfparolen. Heute haben sich die Wogen geglättet, und die hauptsächlichen Kontroversen sind längst geklärt.[171]) Der Rechtsstreit um die Natur des § 39 hat zum großen Teil nur mehr historische Bedeutung. Dennoch wäre es verfehlt, in einer Abhandlung über die Prorogation an jenem Kampf der Geister achtlos vorüberzugehen, und zwar nicht bloß aus Gründen der Achtung, sondern vor allem, weil in jenen Diskussionen die verschiedenen Probleme, die sich an den § 39 knüpfen, scharf herausgearbeitet worden sind.

Den Kampf eröffnete kein Geringerer als Adolf Wach. In seiner Dekanatsrede vom Jahre 1879 „Das Prinzip des gewillkürten Gerichts-

---

[169]) Der § 40 lautet: „Die Vereinbarung hat keine rechtliche Wirkung, wenn sie nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht (Abs. 2). Die Vereinbarung ist unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, oder wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist".

[170]) Vergl. Stein, Grundriß, S. 99; Wach, Handbuch, S. 499, Anm. 22, und Sperl, a. a. O., S. 33, Anm. 10. Wach spricht von einer „überreichen Literatur" und ähnlich meint Sperl: „Kein Problem des deutschen Prozeßrechts besitzt eine so breite Literatur als die stillschweigende Vereinbarung der Zuständigkeit (§ 39 CPO.) in ihren begrifflichen Grundlagen und in ihrem Verhältnis zur Prozeßeinrede der Inkompetenz".

[171]) Vergl. Förster-Kann, S. 144.

standes“ entwickelte Wach die Lehre vom „Kompetenzgrund der Präklusion“.[172]) Danach beruht die Zuständigkeit des Gerichts im Falle des § 39 nicht auf der Willensübereinkunft der Parteien, sondern auf der Tatsache der Klageerhebung und der Einlassung des Beklagten. Bei an sich möglicher Verschiebung des Gerichtsstandes müsse das Gericht trotz offensichtlich mangelndem Prorogationswillen die Klage anstandslos entgegennehmen und die Einrede der Unzuständigkeit abwarten. Werde diese nicht erhoben, so verliere der Beklagte durch rügelose Einlassung zur Hauptsache die Unzuständigkeitseinrede, und dadurch, also kraft einer prozessualen Präklusion, werde das Gericht zuständig. Da nach Wach auf den Willen des Beklagten nichts, auf die Unterlassung der Unzuständigkeitseinrede aber alles ankommt, erklärte Wach den § 39 auch für den Fall anwendbar, daß der Beklagte überhaupt nicht vor Gericht erscheint..[173]) Die Theorie Wachs kann daher als diejenige der „reinen Präklusion“ bezeichnet werden. Demgegenüber haben Amsberg, der Mitschöpfer der deutschen Zivilprozeßordnung, Renaud u. a. den Vereinbarungscharakter des § 39 zu retten gesucht.[174]) Sie erblicken im § 39 eine praesumptio iuris et de iure, und zwar nehmen sie an, § 39 enthalte die Vermutung, der in den Streit sich einlassende Beklagte willige in den unzuständigen Richter ein und vereinbare somit seine Zuständigkeit. Daher lehnen die Vertreter dieser Theorie die Anwendbarkeit des § 39 auf den Fall der Abwesenseit des Beklagten ab, da hier die Praesumption der Vereinbarung offensichtlich versagt. Diese Vereinbarungstheorie erhielt einen mächtigen Sukkurs, als sich Wach selber im Jahre 1885 in seinem „Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts“ restlos zu ihr bekannte.[175]) Das Gesetz halte auch im § 39 am Konsensprinzip fest. § 39 enthalte eine praesumptio juris et de jure, eventuell, nämlich dann, wenn der Prorogationswille nachweisbar fehle, die Fiktion einer Zuständigkeitsvereinbarung. Es erscheint Wach „zweckwidrig, von einem bereits durch Sachverhandlung mit der Sache befaßten Gericht diese wiederum zu avocieren und demgemäß einem Irrtumsbeweis stattzugeben angesichts der objektiv unzweifelhaft in der Einlassung liegenden Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt“ (S. 504/5).

[172]) Wach, Archiv 62, S. 373 ff.

[173]) Wach, a. a. O., S. 388 ff. Allerdings hat Wach die Gefahr, daß dieser Standpunkt einer Spekulation des Klägers auf die Versäumnis des Beklagten Vorschub leistet, nicht verkannt (S. 396/97). Besonders scharf hat Bülow die Anwendung des § 39 auf den Kontumazfall bekämpft und sich gegen die Fiktion gewandt, daß jemand, der nichts gesagt hat, etwas gesagt haben soll (Archiv 64, S. 119).

[174]) von Amsberg, Prorogatio fori und contumacia, Archiv 65, S. 59 ff.; Renaud, Zur Lehre von der gerichtlichen Zuständigkeit, ZZP. 5, S. 1 ff.

[175]) Wach, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Leipzig 1885, S. 499 ff.

Trotzdem gelte nicht Präklusion, sondern, und zwar zwingend, Vereinbarung: „Aber der Gedanke des Gesetzes ist nicht Prorogation infolge von Versäumnis, Passivität, Nichtgebrauch der Einrede, sondern infolge eines Handelns, welchem zwingend die konkludente Bedeutung für den Prorogationswillen beigelegt werden soll." (S. 505.) Zur Stütze seines Standpunktes verweist Wach auf das Gesetz selbst, indem dort im Obertitel „Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte" der Vereinbarungscharakter auch des § 39 zu unzweifelhaftem Ausdruck kommt (S. 501).

Zur Präklusions- und Vereinbarungstheorie, um die der Hauptkampf ging, gesellten sich noch weitere Theorien. So einmal die Judikations- oder Unzuständigkeitstheorie von Birkmeyer. Während sowohl die Präklusions-, als auch die Vereinbarungstheorie im § 39 eine Kompetenznorm erblicken und diese bloß verschieden begründen, bleibt nach Birkmeyer das unzuständige Gericht im Fall des § 39 auch weiterhin unzuständig, es hat aber ausnahmsweise aus prozessualen Zweckmäßigkeitsgründen den anhängig gewordenen Rechtsstreit zu erledigen.[176]) Es tritt also, nach Birkmeyer, wie Wach dies einmal ausgedrückt hat, keine Zuständigkeit ein, sondern lediglich „Unzulässigkeit der Offizialprüfung der Unzuständigkeit".[177]) Schon hier sei bemerkt, daß die Auffassung Birkmeyers mit dem Wortlaut der §§ 38 und 39, wonach das Gericht „zuständig wird", unvereinbar ist. Im Gegensatz zu Amsberg, gegen den er heftig polemisiert, hält Birkmeyer an der Geltung des § 39 auch für den Kontumazfall fest. Gegen die Vereinbarungstheorie führt Birkmeyer das gewichtige Argument ins Feld, § 39 könne sich nicht auf den Vereinbarungsgedanken stützen, da das Gesetz auf den wirklichen Willen des Beklagten gar keine Rücksicht nehme.[178]) Bemerkenswert ist auch der Einwand Birkmeyers gegen die Präklusionstheorie, etwas bloß Negatives (nämlich die Unterlassung der Unzuständigkeitseinrede) könne nicht kausal wirken und die Zuständigkeit erzeugen.[179])

Ihr genaues Gegenstück hat Birkmeyers Unzuständigkeitstheorie in Fittings „genereller Kompetenztheorie" gefunden.[180])

---

[176]) Birkmeyer, Das gegenseitige Verhältnis der §§ 38 ff. und § 247, Z. I, und Abs. 3 der RCPO., Rostock 1881, sowie insbesondere: Noch einmal zur Interpretation des § 39, RCPO., ZZP. 5, S. 124 ff.

[177]) Vergl. Wach, Handbuch, S. 506, Anm. 43.

[178]) Birkmeyer, ZZP. 5, S. 145.

[179]) Birkmeyer, ZZP. 5, S. 151/52, Das gegenseitige Verhältnis . . ., S. 20 ff.

[180]) Fitting, Zur Lehre vom sog. vereinbarten Gerichtsstande nach der Reichscivilprozeßordnung, Archiv 63, S. 222 ff.; Ueber die prinzipielle Grundlage des sog. vereinbarten Gerichtsstandes nach der Reichscivilprozeßordnung, ZZP 6, S. 253 ff.

Auch Fitting bekämpft, und zwar zeitlich schon vor Birkmeyer, die Präklusionstheorie der Wachschen Dekanatsschrift mit dem Argument, die bloße Unterlassung eines positiven Eingreifens könne keine positive Wirkung hervorrufen, es müsse daher noch ein anderer, positiver Faktor hinzutreten. Diesen erblickt Fitting in der allgemeinen Kompetenz der erstinstanzlichen Gerichte. Danach ist nämlich jedes ordentliche Gericht erster Instanz für die Beurteilung einer Klage zuständig, sofern es nicht vom Beklagten ausdrücklich abgelehnt wird.[181]) Mit Wach stimmt Fitting darin überein, daß er den § 39 auch auf dem Kontumazfall für anwendbar erklärt.[182])

Von den Autoren, die nicht mehr im eigentlichen Schlachtgetümmel standen, verdienen insbesondere C. Deybeck, R. Adam und H. Sperl hervorgehoben zu werden, deren eingehende Monographien die Lehre von der Prorogation in wertvoller Weise bereichert haben.[183]) Deybeck hat, im Geiste des römischen Rechts, den Begriff der Präklusion der Unzuständigkeitseinrede von demjenigen der Prorogation scharf unterschieden (S. 108). Er erblickt im § 39 eine zur Fiktion gesteigerte Vermutung und lehnt daher das Vereinbarungsprinzip ab. Der § 39 hänge vielmehr innig mit der Präklusionsnorm zusammen (S. 98 und S. 156). Andererseits bekämpft Deybeck aber die „reine Präklusionstheorie" sowie die Judikationstheorie von Birkmeyer und bestreitet die Anwendbarkeit des § 39 auf den Kontumazfall (S. 157/58 und 164 ff.). Wenn der Beklagte nicht erscheine, dann müsse das Gericht seine Zuständigkeit von Amts wegen prüfen (S. 233). Dagegen hat sich Adam zum „reinen, durch keine fiktive Gleichstellung mit dem total verschiedenen Vereinbarungstatbestand getrübten Präklusionsprinzip" und damit auch zu seiner Anwendung im Kontumazfall bekannt (S. 132 und 152). Andererseits ist Adam aber über das Präklusionsprinzip hinausgegangen, indem er den eigentlichen kompetenzerzeugenden Faktor in der Einlassung des Beklagten erblickt, ohne allerdings den Präklusionsgedanken deshalb aufzugeben (S. 98). Wertvoll erscheint uns bei Adam insbesondere sein scharfsinniger Nachweis, daß § 39 eine Fiktion enthält. Bezeichnend für diese Einstellung ist, daß Adam den Ausspruch Bülows „Die dogmatische Fiktion ist eine contradictio in adiecto, eine Selbsttäuschung der Wissenschaft" als Motto über sein Werk gesetzt hat. Aehnlich hat

[181]) Fitting, Archiv 63, S. 243/45.
[182]) Fitting, Archiv 63, S. 232 ff.
[183]) Deybeck, Der Gerichtsstand der Vereinbarung in historischer und dogmatischer Darstellung, 1888; Adam, Die civilprozessuale Zuständigkeitsvereinbarung in geschichtlicher Entwicklung, 1888; Sperl, Vereinbarung der Zuständigkeit und Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach dem neuesten österreichischen Civilprozeßrecht, 1897.

Sperl, der sich speziell mit der Ordnung des österreichischen Zivilprozeßrechts befaßt, darauf hingewiesen, daß von Konsens doch nur dann gesprochen werden könne, wenn beide Parteien wissen, daß der Richter unzuständig ist, und sie ihn dennoch angehen (S. 22). Daher erblickt auch Sperl in der Auffassung, die Versäumung der Unzuständigkeitseinrede enthalte eine stillschweigende Vereinbarung der Zuständigkeit, eine Fiktion und qualifiziert sie unverblümt als eine „Irrlehre" (S. 33 und S. 52/53). Im übrigen bekennt sich Sperl zu einer modifizierten Präklusionstheorie, indem er den durch Versäumen der Unzuständigkeitseinrede herbeigeführten Wegfall der Nichtigkeit des Verfahrens als den in § 39 wirkenden Kompetenzgrund bezeichnet. Werde die Unzuständigkeit als Nichtigkeitsgrund nicht rechtzeitig geltend gemacht, so erlösche sie. Ihr Erlöschen erzeuge als Gegenwirkung die Zuständigkeit. Das Prozeßverhältnis werde gültig, konvalesziere, weil eine Anfechtung desselben wegen des Nichtigkeitsgrundes der Unzuständigkeit nicht mehr vorgebracht werden könne (S. 87/89). Man kann daher diesen Standpunkt Sperls, der auf die gemeinrechtliche Auffassung von der Heilung des Mangels der Zuständigkeit durch Präklusion[184]) zurückzugehen scheint, auch als Konvaleszenztheorie bezeichnen. In seiner Kritik an Sperl vertritt Trutter die an die Unzuständigkeitstheorie Birkmeyers erinnernde Auffassung, die Präklusion erzeuge keine Zuständigkeit, sie heile also auch die mangelnde Zuständigkeit nicht, sondern mache lediglich den Ausspruch des unzuständigen Richters unanfechtbar.[185]) Im übrigen legt auch Trutter das Hauptgewicht auf den positiven Faktor des vorbehaltlosen Verhandelns.

Die heute in der deutschen Rechtswissenschaft herrschende Meinung schließt sich an Wach (Handbuch) und die übrigen Vertreter der Vereinbarungstheorie an. Unter der Führung des Reichsgerichts hat sich auch die Praxis nahezu einhellig zu dieser Theorie bekannt.[186]) Die Vereinbarungstheorie hat den unbestreitbaren Vorteil, daß sie mit dem Willen des Gesetzgebers, wie er im Titel „Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte" zum Ausdruck kommt, übereinstimmt. Nach dieser Theorie erscheint § 39 nicht als ein zweiter selbständiger Zuständigkeitsgrund, sondern lediglich als ein besonderer Fall der in § 38 vorgesehenen stillschweigenden Vereinbarung einer Zuständigkeit.[187]) Diese

[184]) Vergl. Deybeck, a. a. O., S. 113.
[185]) Trutter, ZZP. 24, S. 273 ff., insbesondere S. 275/76.
[186]) Vergl. die Angaben bei Sydow-Busch, S. 78, und bei Stein, Grundriß, S. 99.
[187]) Vergl. insbesondere Jonas, a. a. O., Anm. I zu § 39, ferner Stein Grundriß, S. 99, wonach „das schlüssige Verhandeln (Vereinbarungstheorie) entscheidend" sein soll.

Auffassung muß folgerichtig zur Ablehnung der Annahme einer Fiktion, d. h. eines in Wahrheit nicht vorliegenden Tatbestandes, führen. So erklärt man denn, § 39 enthalte eine „unwiderlegbare Vermutung", und sucht dies damit zu rechtfertigen, die vorbehaltlose Einlassung im Prozeß bilde eben den Hauptanwendungsfall der stillschweigenden Vereinbarung.[188]) Diese Vereinbarungstheorie hat sich nun allerdings in der Rechtswissenschaft nicht restlos durchzusetzen vermocht. Insbesondere wird vielfach der Charakter des § 39 als einer unwiderlegbaren Vermutung bestritten und daran festgehalten, daß der § 39 eine Fiktion enthalte.[189]) Auf den wirklichen Willen der Parteien komme es gar nicht an, sondern ausschlaggebend sei vielmehr das öffentliche Interesse daran, daß nicht durch die Nachholung der Unzuständigkeitseinrede „die bisher geleistete Arbeit unnütz werde".[190]) So qualifiziere sich § 39 in Wahrheit nicht als ein besonderer Anwendungsfall von § 38, sondern enthalte einen zweiten, die Zuständigkeit begründenden Tatbestand.[191]) Diese Auffassung nähert sich also wiederum der Präklusionstheorie, nur daß sie weniger auf das negative Moment der Unterlassung der Unzuständigkeitseinrede als auf das positive der vorbehaltlosen Einlassung abstellt.[192]) Insofern aber besteht volle Einmütigkeit in der deutschen Literatur und Praxis, als angenommen wird, daß der § 39 auf den Fall der Abwesenheit des Beklagten keine Anwendung findet.[193]) Wer nicht anwesend ist, hat sich nicht „eingelassen". Zudem wäre die Gefahr eines Mißbrauches durch den Kläger in diesem Falle, wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt wurde, allzu groß.[194]) Die Theorie der „reinen Präklusion" darf somit wohl als endgültig erledigt angesehen werden.

Im folgenden sei der Versuch unternommen, unsere eigene Auffassung vom Wesen des § 39 der deutschen ZPO. zu entwickeln. Wenn wir uns dabei gegen die herrschende Meinung wenden müssen, so haben

---

[188]) So Jonas, a. a. O., Anm. I zu § 39, und Sydow-Busch, a. a. O., S. 78.

[189]) Vergl. Hellwig, System I, S. 131/32; Schmidt, Lehrbuch, S. 276/77; Förster-Kann, S. 148; Seuffert-Walsmann, a. a. O., S. 73, und Frankenstein, Internationales Privatrecht, Bd. II, S. 175.

[190]) Hellwig, a. a. O., S. 130. Vergl. auch Seuffert-Walsmann, S. 73.

[191]) So Hellwig, ibid., und Seuffert-Walsmann, ibid.

[192]) So Rosenberg, Lehrbuch, S. 89; Schmidt, Lehrbuch, S. 276/77, und Seuffert-Walsmann, a. a. O., S. 73, bekennen sich ausdrücklich zur Theorie der prozessualen Präklusion.

[193]) Vergl. Jonas, Anm. II, 2, zu § 39; Sydow-Busch, S. 78; Förster-Kann, S. 149; Schmidt, S. 276; Rosenberg, S. 89 usf.

[194]) „Die Gefahr, daß ein beliebiges Individuum jemanden in irgendeinem Winkel des deutschen Landes, welchen man erst auf der Karte suchen muß, vor Gericht ladet und ein Versäumnisurteil erlangt, während man im Vollgefühl der Inkompetenz des Gerichts ausblieb, ist hiermit ins Unerträgliche gesteigert", J. Kohler, Gesammelte Beiträge, S. 76.

wir doch andererseits die Genugtuung, daß wir uns auf einer weiten Strecke Weges auf so überragende Juristen wie Bülow und Kohler berufen können.

§ 38 bestimmt, daß die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts vereinbaren können, und § 39 fügt ergänzend hinzu, daß stillschweigende Vereinbarung anzunehmen sei, wenn der Beklagte vorbehaltlos zur Hauptssache verhandle. Was ist Sinn und Zweck dieser Bestimmung? Unrichtig scheint uns die Auffassung, § 39 stelle einen besonderen Fall der stillschweigenden Vereinbarung dar. Dieser Versuch, den Gesetzgeber zu rechtfertigen, ist untauglich. Es ist zuzugeben, daß die vorbehaltlose Einlassung den Hauptanwendungsfall der stillschweigenden Prorogation bildet.[195]) Ist dem aber so, dann muß es überflüssig erscheinen, diesen Hauptanwendungsfall zu einer besonderen Norm zu erheben; er wäre ja durch § 38 gedeckt. Der Entstehungsgrund des § 39 muß ein anderer sein. Es ist unbestritten, daß der § 39 auch und gerade dann Anwendung findet, wenn der § 38 versagt, wenn nämlich der Beklagte nicht prorogieren will, ja, wenn der Mangel des Prorogationswillens geradezu gerichtsnotorisch ist. Die Zuständigkeit tritt im Falle des § 39 völlig unabhängig vom Parteiwillen ein, ohne und auch gegen diesen Willen.[196]) Der Richter kann das Fehlen des Prorogationswillens nicht berücksichtigen, „auch wenn ihm dieses Fehlen zugestanden oder sonnenklar bewiesen würde".[197]) Ist aber der Parteiwille irrelevant, so kann nicht er es sein, der in § 39 die Zuständigkeit bewirkt. Es handelt sich beim § 39 eben nicht um eine Präsumption, sondern um die ihr zwar verwandte, aber im Grund völlig verschiedene Rechtsfigur der Fiktion.

Die Fiktion ist ein Notbehelf der Rechtsordnung. Sie dient dazu, einen neuartigen Tatbestand in der Weise in das bestehende Rechtssystem einzugliedern, daß er einem bereits vorhandenen Tatbestand künstlich gleichgestellt wird, derart, daß an jenen Tatbestand dieselben Rechtsfolgen geknüpft werden wie an diesen. Das Gesetz hält den Richter an, einen Tatbestand als gegeben anzunehmen, auch wenn (oder genauer obwohl) er tatsächlich nicht gegeben ist. Der Richter muß entscheiden, wie wenn eine Vereinbarung vorläge. Es erhellt, daß die Fiktion ein wertvolles Mittel für die Fortbildung des Rechts, insbesondere

---

[195]) Vergl. Wach, Handbuch, S. 503.

[196]) Vergl. Jonas, Anm. I, zu § 39; Sydow-Busch, S. 78; Schmidt, S. 276; Förster-Kann, S. 148/49; Seuffert-Walsmann, S. 73; Stein, Grundriß, S. 99; Rosenberg, S. 89.

[197]) Seuffert-Walsmann, S. 73. Vergl. auch Sydow-Busch, S. 78, und Förster-Kann, S. 148/49.

für seine Anpassung an die sich ändernden praktischen Bedürfnisse ist.[198]) Die Fiktion gestattet es, immer weitere Tatbestände unter die bestehenden Rechtsnormen zu subsumieren, ohne diese selber umzustürzen. Es sei nur auf die große Rolle hingewiesen, die die Fiktion im römischen Recht gespielt hat, das ja bis heute die unerreichte Lehrmeisterin in der Kunst geblieben ist, das Recht fortzubilden, ohne es formell aufzuheben. So fingierte beispielsweise die praetorische actio Publiciana in rem, daß die zum Erwerb des quiritischen Eigentums erforderliche Ersetzungsfrist bereits abgelaufen sei und verlieh auf diese Weise dem bonitarischen Eigentümer die zivilistische Eigentumsklage. In Wahrheit zog hier, durch den Nebel der Fiktion für Angriffe unsichtbar, eine neue Form des Eigentums in das römische Recht ein. Mag so der praktische Zweck die Fiktion rechtfertigen, so weckt doch die ihr innewohnende Unwahrhaftigkeit Bedenken. In der wissenschaftlichen Forschung hat die Fiktion keinen Platz. „Im Gebiet der Wahrheitserkenntnis", sagt Bülow, „gibt es keine Fiktionen, diese sind eine Negation richtiger Erkenntnis, die offene Verneinung der Wahrheit, der Wissenschaft".[199]) Hinter der Fiktion verbirgt sich regelmäßig ein neuer Rechtsgedanke, der sich aber noch scheut, offen ans Tageslicht zu treten, so daß der Gesetzgeber es vorzieht, ihn einzuschmuggeln, ihn „gleichsam gesetzgeberisch einzuschmeicheln".[200]) Aufgabe der Wissenschaft ist es nun, diesen neuen Rechtssatz, ohne Rücksicht auf die Subsumption durch den Gesetzgeber, zu erkennen, den Nebel, der ihn umgibt, zu entfernen. „Jede Fiktion ist ein ungelöstes Problem", sagt Bülow.[201]) Versuchen wir, das in § 39 enthaltene Problem zu lösen.

Der Gesetzgeber fingiert in § 39 die Vereinbarung der Zuständigkeit. Er weist den Richter an, den Beklagten so zu behandeln, als habe dieser stillschweigend prorogiert, d. h. aber, der Gesetzgeber abstrahiert in Wahrheit vom Erfordernis der Prorogation.[202]) Der Sinn des § 39 ist eben nicht der, daß der Gesetzgeber einen Hauptanwendungsfall der Vereinbarung hervorheben wollte, sondern im Gegenteil der andere, daß der § 38 allein den Bedürfnissen der Prozeßordnung nicht genügte und daher einer Ergänzung bedurfte. Hatte sich der Beklagte etwa auf eine Klage eingelassen, weil er das Gericht irrtümlicherweise für zustän-

---

[198]) Vergl. die grundlegenden Ausführungen von Bülow, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, Archiv 62, S. 1 ff.

[199]) Bülow, Civilprozessualische Fiktionen, Archiv 62, S. 6.

[200]) Bülow, a. a. O., S. 44.

[201]) Bülow, a. a. O., S. 6.

[202]) Der Gesetzgeber „verlangt keine Einlassung, und das gibt er in der Form zu erkennen, daß er sagt, man solle sie als geschehen ansehen", Bülow, a. a. O. S. 7. Korrekter scheint uns zwar, statt von Einlassung von Vereinbarung zu sprechen.

dig hielt, so lag ganz offenbar keine Zuständigkeitsvereinbarung vor. Das Gericht war nicht zuständig geworden, und der Beklagte hatte (im Hinblick auf § 274 der deutschen ZPO.) grundsätzlich die Möglichkeit, die Unzuständigkeit immer noch geltend zu machen. Ein solcher Zustand mußte als lästig empfunden werden; er ist in der Tat unvereinbar mit dem Wesen des Prozesses, der eine klare, unzweideutige Situation erfordert.[203]) Es galt daher, die Zuständigkeit des Gerichts vom Willen des Beklagten über die Zuständigkeit unabhängig zu machen, d. h. aber einen neuen, von der Vereinbarung verschiedenen Zuständigkeitsgrund zu schaffen. Das geschah, indem man die Zuständigkeitsvereinbarung auch dort als stillschweigend erfolgt annahm, wo dies tatsächlich nicht der Fall war. Aus der stillschweigenden Prorogation entwickelte sich auf diese Weise die fingierte Prorogation, die den neuen Sachverhalt verhüllt.

Der Zuständigkeitsgrund des § 39 ist demnach nicht die stillschweigende Vereinbarung. Ja, der § 39 schließt die stillschweigende Vereinbarung begriffsmäßig aus. Liegt nämlich eine solche vor, dann findet nicht § 39, sondern § 38 Anwendung. Die deutsche Zivilprozeßordnung enthält also neben dem Zuständigkeitsgrund der Vereinbarung einen andern, von ihm deutlich unterschiedenen.[204]) Wel-

[203]) „Die stillschweigende Prorogation erwies sich alsbald als unpraktisch; denn da eine stillschweigende Einwilligung in die Prorogierung nur dann angenommen werden kann, wenn den Parteien die gesetzliche Unzuständigkeit des Gerichts bekannt ist, so mußte die Frage der Prorogation notwendig zu dornenvollen Nachforschungen über Wissen und Willen der Parteien hinsichtlich des Kompetenzverhältnisses führen, welche in prozessualischen Dingen möglichst zu vermeiden sind; der Prozeß soll eine klare, sichere Entwicklung bieten und Kraft und Zeit für seinen wahren Zweck vorbehalten, nicht in wenig ersprießlichen prozessualischen Streitigkeiten zum voraus opfern", Kohler, Gesammelte Beiträge, S. 73. Vergl. auch Adam, a. a. O., S. 152, und Seuffert-Waltsmann, a. a. O., S. 73/74. Der letztere führt aus, der Staat habe kein Interesse daran, über die Regeln der ausschließlichen Zuständigkeit (§ 40) hinaus an den Regeln über die sachliche und örtliche Zuständigkeit festzuhalten. Es habe daher empfehlenswert geschienen, „die Erörterung über die Zuständigkeitsfrage möglichst zu beschränken" (S. 74). Es ist übrigens auch darauf hinzuweisen, daß die Möglichkeit, sich noch nachträglich auf Irrtum zu berufen, einer dolosen Spekulation des Beklagten Vorschub leisten würde. Der Beklagte könnte sich nämlich auf den Prozeß einlassen, aber mit dem Hintergedanken, nachträglich doch noch die Unzuständigkeit des Gerichts unter Berufung auf einen angeblichen Irrtum geltend zu machen, wenn der Prozeß einen für ihn ungünstigen Verlauf nehmen sollte.

[204]) „Das gesetzgeberische Motiv ist ganz verschieden: In § 38 soll der Parteiwille sanktioniert werden; in § 39 handelt es sich um ... das öffentlich Interesse" (nämlich das oben erwähnte Interesse an einer klaren Prozeßlage), Hellwig, System I, S. 131. Schon Bülow hat den selbständigen Charakter des § 39 deutlich erkannt, als er bemerkte: „Es muß in der Lehre von der Gerichtszuständigkeit neben dem Competenzvertrag (prorogatio fori) die Unterlassung der Competenzbemängelung ... als prozeßrechtlich wirksame Tatsache genau erörtert werden", a. a. O., S. 53. Aehnlich auch Birkmeyer, ZZP. 5, S. 145, insbesondere aber Adam, a. a. O., S. 85 und S. 98 (wie es ja überhaupt das Hauptverdienst der Präklusionstheorie ist erkannt zu haben, daß die ZPO. neben der Vereinbarung im Gewande der Fiktion noch einen zweiten Zuständigkeitsgrund enthält).

ches ist nun dieser neue Zuständigkeitsgrund, der sich in der Fiktion der stillschweigenden Vereinbarung verbirgt? Es scheint verlockend, auf die Präklusionstheorie zurückzugreifen und den Zuständigkeitsgrund des § 39 im Verlust der Unzuständigkeitseinrede durch die rügelose Einlassung, also in einer prozessualen Präklusion, zu erblicken. Damit würde man aber der Natur des § 39 nicht gerecht werden. Nicht das negative Moment der Unterlassung der Unzuständigkeitseinrede schafft die Zuständigkeit, oder doch nicht allein, sondern ein positives Moment, das hinzutreten muß, ein Handeln, nämlich das im Gesetz ausdrücklich erwähnte Verhandeln zur Hauptsache. Unter diesem Verhandeln zur Hauptsache versteht man eine Stellungnahme des Beklagten zu dem in der Klage geltend gemachten materiellen Anspruch als solchem im Gegensatz zu Vorbringen, die sich lediglich auf formelle Fragen wie die Prozeßvoraussetzungen u. ä. beziehen.[205]) Kompetenzbegründend wirkt also in § 39 ein Verhalten des Beklagten, das den Schluß zuläßt, daß der Beklagte mit der Zuständigkeit des Gerichts einverstanden ist, zumindesten nichts gegen sie einzuwenden hat. Der Beklagte schweigt regelmäßig, „weil er kein genügendes Bedürfnis fühlt, gegen den Gerichtsstand zu reagieren".[206]) In dieser Tatsache dürfte die innere Rechtfertigung für den § 39 liegen. Letzten Endes handelt es sich um die alte subiectio, die Unterwerfung, die in § 39 die Zuständigkeit begründet.

Es gibt also einen gemeinsamen Nenner, auf den die §§ 38 und 39 zu bringen sind, nur ist dies nicht die Vereinbarung, sondern ein Verhalten des Beklagten, das als Einverständnis mit der Beurteilung des Streites durch das an sich unzuständige Gericht ausgelegt werden darf.[207]) Ob der Beklagte aber sich dessen bewußt war, daß das Gericht eigentlich unzuständig ist, oder ob er sich auf den Prozeß nur deshalb eingelassen hat, weil er das Gericht irrtümlicherweise für zu-

---

[205]) Seitdem eine Verordnung zur Entlastung der Gerichte vom 13. Mai 1924 gestattet, daß die Gerichte im Einverständnis der Parteien eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung treffen (vergl. Jonas, Anm. II, 1 zu § 39 und Anhang zu § 128), wird dem in § 39 allein vorgesehenen vorbehaltlosen mündlichen Verhandeln zur Hauptsache die „vorbehaltlose schriftsätzliche Einlassung zur Hauptsache" gleichgesetzt. Vergl. Jonas, a. a. O., Anm. II, 1 zu § 39; Seuffert-Walsmann, a. a. O., S. 73.

[206]) Kohler, a. a. O., S. 82. An einer andern Stelle meint Kohler etwas zugespitzt, § 39 beschlage ein „Handeln, welches mit der Inkompetenz objektiv unverträglich ist" (a. a. O., S. 75/76). Aehnlich bezeichnet es Stein als in sich widerspruchsvoll, „erst zu verhandeln und dann die Verhandlung nicht zu wollen" (Grundriß, S. 99).

[207]) Ein weiteres gemeinsames Moment ist, daß auch die vorbehaltlose Einlassung Zuständigkeit nur dort begründet, wo die Parteien eine solche Zuständigkeit vereinbaren dürfen, d. h. also, wo nicht eine ausschließliche Zuständigkeit besteht. Die §§ 38 und 39 haben demnach dasselbe Anwendungsgebiet.

ständig hielt, ist völlig irrelevant. Wie im Falle der stillschweigenden Vereinbarung des § 38 wirken auch im § 39 das Stillschweigen in Verbindung mit der materiellen Einlassung kompetenzerzeugend, nur daß im § 39 diese Verbindung, wie schon Kohler scharf erkannt hat, eine „bloß objektive äußere, keine subjektive innerliche" ist.[208]) Willensmängel haben daher im § 39 begriffsmäßig keinen Platz. Der Wille der Partei wird im Gegenteil prozessualen Zweckmäßigkeitsgründen geopfert.

Mit der herrschenden Meinung gelangen wir aus der oben entwickelten Auffassung heraus zur Ablehnung der Anwendung des § 39 auf den Kontumazfall. Die Zuständigkeit wird ja, wie wir gesehen haben, nicht durch die bloße Unterlassung der Unzuständigkeitseinrede herbeigeführt, sondern durch diese Unterlassung in Verbindung mit dem Verhandeln zur Hauptsache. Wer aber abwesend ist, (oder keinen Schriftsatz eingereicht hat), der hat überhaupt nicht verhandelt. Es fehlt also an der auch bloß objektiven Verbindung von Stillschweigen und Verhandeln, die erst dazu berechtigt anzunehmen, der Beklagte habe gegen das Fungieren des Gerichtes nichts einzuwenden. Im Gegenteil liegt im Kontumazfall die Annahme näher, daß der Beklagte nicht erscheint, weil er das Gericht für unzuständig hält und sich daher nicht einlassen will. Das unzuständige Gericht kann zwar zuständig werden „ohne Einwilligung, aber nicht ohne Mitwirkung des Beklagten".[209]) Nur das Stillschweigen des anwesenden Beklagten wirkt kompetenzerzeugend. Erscheint der Beklagte nicht, so ist daher der Tatbestand des § 39 nicht erfüllt, und die Folge ist, daß der Richter seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen hat. Diese Lösung allein ist auch mit dem Text des Gesetzes vereinbar. § 39 setzt ja ausdrücklich voraus, daß der Beklagte verhandelt, und es wäre denn doch zuviel des Guten, wollte der Gesetzgeber den Richter ermächtigen, ein Verhandeln dort anzunehmen, wo gar nicht verhandelt wurde, das hieße ja die Voraussetzung einer Fiktion (nämlich derjenigen der Vereinbarung) ihrerseits wieder zu fingieren!

Wir kommen also zum Ergebnis: Die Vereinbarungstheorie, d. i. die Subsumption des § 39 unter den Begriff der Zuständigkeitsvereinbarung, ist unhaltbar. Vielmehr enthält die deutsche Zivilprozeßordnung neben dem Zuständigkeitsgrund der ausdrücklichen oder still-

---

[208]) Kohler, a. a. O., S. 82.

[209]) Kohler, ibid. Vergl. auch Schmidt, a. a. O., S. 276.

schweigenden Vereinbarung den andern selbständigen Zuständigkeitsgrund der vorbehaltlosen Einlassung.[210])

Eine Probe aufs Exempel, daß die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung im Falle des § 39 in Wahrheit nicht gerechtfertigt werden kann, liefert die Stellung des schweizerischen Bundesgerichts zur Auslegung von Art. 59 der Bundesverfassung. Auf die verfassungsmäßige Garantie des Wohnsitzrichters kann, wovon weiter unten im besonderen die Rede sein soll, verzichtet werden. Ein solcher Verzicht liegt anerkanntermaßen in der Prorogation. Das Bundesgericht kommt daher häufig in die Lage, zu prüfen, ob eine Prorogation vorliegt. Und da ist es nun bezeichnend, daß das Bundesgericht es regelmäßig ablehnt, die in manchen Kantonen bestehende, dem § 39 der deutschen ZPO. entsprechende Fiktion der Vereinbarung als Prorogation anzuerkennen (so beispielsweise BGE. 52, I, S. 133, Erw. 3). Der Grund für dieses Verhalten des Bundesgerichts ist ein sehr einfacher: Der Verzicht auf ein verfassungsmäßiges Recht darf in keinem Fall fingiert werden, d. h. er darf nur dann angenommen werden, wenn der Verzichtswille, im konkreten Fall also der Prorogationswille, wirklich vorliegt. Dieser Prorogationswille fehlt nun aber gerade beim Tatbestand der fingierten Zuständigkeitsvereinbarung. Eine recht anschauliche Illustration zur inneren Unwahrhaftigkeit des § 39.

Die herrschende Meinung in der deutschen Rechtswissenschaft ist in der Hauptsache zu einer anderen Auffassung des § 39 gekommen als die vorliegende Arbeit. Sie erblickt im § 39 nicht einen selbständigen Tatbestand, sondern lediglich einen Spezialfall der stillschweigenden Vereinbarung. Wenn wir uns eine Kritik erlauben, so richtet sich diese weniger gegen die abweichende Meinung als gegen das Motiv derselben. Es scheint uns, daß die deutsche Rechtswissenschaft allzu sehr bemüht ist, den Gesetzgeber, der den Tatbestand des § 39 unter die Zuständigkeitsvereinbarung subsumiert hat, zu rechtfertigen statt das „ungelöste Problem", das nach Bülow in jeder Fiktion steckt, zu lösen. Dem Fort-

[210]) Gleichzeitig ist damit erwiesen, daß der Tatbestand des § 39 nicht lediglich eine Unzuständigkeitseinrede begründet, sondern gleich demjenigen des § 38 kompetenzerzeugend wirkt. Das ergibt sich allein schon aus dem Gesetz, indem es in § 38 heißt, daß das an sich unzuständige Gericht durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung zuständig wird. Dies muß aber in gleicher Weise für § 39 gelten, dessen Tatbestand demjenigen des § 38 ja ausdrücklich gleichgesetzt wird. Der Richter war also weder (wie Fitting meinte) schon vorher zuständig, noch bleibt er weiterhin (nach der Auffassung von Birkmeyer) unzuständig. (Vergl. Sperl, a. a. O., S. 35/36.) Fingiert wird in § 39, wie schon Wach (Handbuch, S. 506, Anm. 43) zutreffend bemerkte, lediglich der Grund der Zuständigkeit, nicht aber die Zuständigkeit selbst. Wie die Vereinbarung, so erzeugt also auch die vorbehaltlose Einlassung die Zuständigkeit des an sich unzuständigen Gerichts.

schritt des Rechts dürfte aber mit der reinen, durch keinen andern als eben dem wissenschaftlichen Zweck bestimmten Erkenntnis oder doch dem Forschen nach derselben am besten gedient sein. Diese Ueberlegung sei die Rechtfertigung für unsere obenstehend entwickelte kritische Betrachtung über das Wesen der fingierten stillschweigenden Zuständigkeitsvereinbarung.

Da die Fehlerquelle im Gesetz selbst liegt, nämlich in der Subsumption des Tatbestandes des § 39 unter die Zuständigkeitsvereinbarung — diese Subsumption kommt einmal im Obertitel der §§ 38 bis 40 und zum andern in den einleitenden Worten des § 39 zum Ausdruck —, so müßte hier der Hebel angesetzt werden, wenn man wissenschaftliche Erkenntnis und Gesetzestext in Einklang bringen will. Die Fiktion der stillschweigenden Vereinbarung müßte fallen gelassen werden und der wirkliche Zuständigkeitsgrund, die vorbehaltlose Einlassung, klar in Erscheinung treten. In diesem Sinne hat schon Walsmann der gegenwärtigen Fassung des § 39 die andere entgegengestellt: „Gleiche Wirkung wie bei Vereinbarung, ‚das ist Zuständigkeit eines an und für sich nicht zuständigen Gerichts', tritt ein, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat."[211]) Gesetzestechnisch noch klarer dürfte etwa die folgende Fassung sein: „Ebenso wird ein an sich unzuständiges Gericht zuständig, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache (mündlich) verhandelt hat". Natürlich müßte auch der Titel der §§ 38 bis 40 „Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte" fallen oder entsprechend abgeändert werden.[212])

Eine u. E. vorbildliche Lösung vermittelt die Zivilprozeßordnung des Kantons Glarus vom 4. Mai 1930. Diese sieht in § 13 die Prorogation der örtlichen Zuständigkeit und in § 18 diejenige durch Umgehung der unteren Instanz vor, um dann ganz unabhängig von diesen Tatbeständen in § 19, Abs. 3, den Zuständigkeitsgrund der vorbehaltlosen Einlassung zu normieren. Es heißt dort: „Wenn der Beklagte sich vor einem nicht zuständigen Richter auf die Klage ohne Widerrede einläßt, so wird dadurch dessen Zuständigkeit begründet."[213]) Hier ist

---

[211]) Seuffert-Walsmann, a. a. O., S. 73.

[212]) Der Entwurf zu einer neuen deutschen Zivilprozeßordnung vom Jahre 1931 sieht keine Aenderung des § 39 (neu: § 40) vor (außer daß im Hinblick auf die erwähnte Entlastungsverordnung vom Jahre 1924 das Wort „mündlich" gestrichen wird). Das dürfte wohl daher rühren, daß es sich um eine rein theoretische Frage handelt und praktisch die Zuständigkeit begründet wird, ob man nun den Zuständigkeitsgrund in einer stillschweigenden Vereinbarung oder in der vorbehaltlosen Einlassung erblickt.

[213]) So übrigens bereits die Glarner Prozeßordnung des Jahres 1895 (§ 18, Abs. 3).

jeder Hinweis auf eine stillschweigende Vereinbarung gefallen und die Zuständigkeit lediglich an die vorbehaltlose Einlassung geknüpft. Damit ist zwischen stillschweigender Vereinbarung und vorbehaltloser Einlassung als kompetenzbegründenden Faktoren klar unterschieden. Es bedarf daher keiner Fiktion — und keiner Theorien, die sie zu rechtfertigen suchen.

Die Einrede der Prorogation.

Neben ihrer positiven Funktion, der Begründung einer Zuständigkeit, übt die Prorogation, sofern sie ausschließenden Charakter trägt, auch eine negative Funktion aus: sie zerstört die Zuständigkeit eines an sich zuständigen Gerichts. Wird trotzdem vor diesem Klage erhoben, so kann der Beklagte die Zuständigkeit unter Berufung auf die Prorogation bestreiten. Die Einrede der Prorogation gehört daher zu den Zuständigkeitseinreden (forideklinatorische Einreden). Sie beschlägt die sogenannten Prozeßvoraussetzungen,[214]) und zwar diejenigen Prozeßvoraussetzungen, die auf Seiten des Gerichts vorhanden sein müssen. Das komplexe Problem der Unzuständigkeitseinreden aufrollen, würde über die Aufgabe hinausgehen, die der vorliegenden Arbeit gestellt ist. Es sei jedoch auf eine Abhandlung hingewiesen, die dieses Problem für die Schweiz, wo es sich besonders vielfältig gestaltet,[215]) in erschöpfender Weise behandelt hat, die Abhandlung von Karl Etter, Der erstinstanzliche prozessuale Vorfragenentscheid im schweizerischen Zivilprozeßrecht.[216]) Hier soll die Einrede der Prorogation nur soweit behandelt werden, als sie spezifische Merkmale aufweist, die sie von andern Unzuständigkeitseinreden unterscheiden.

Während der Richter seine Zuständigkeit normalerweise von Amts wegen prüfen muß, ist er weder verpflichtet noch auch berechtigt, von sich aus zu untersuchen, ob er kraft einer Prorogation unzuständig ist. An dieser Prüfung besteht kein öffentliches Interesse; wo ein solches im

[214]) Vergl. hierüber O. Bülow, Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen, Gießen 1868; A. Heusler, Der Zivilprozeß in der Schweiz, 1923, speziell S. 82 ff.; Prozeßvoraussetzungen und Prozeßeinreden im schweizerischen Zivilprozeßrecht (Fragment), ZSR. n. F. 41, S. 280 ff., ferner J. Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925, S. 5.

[215]) A. Heusler beschließt eine Uebersicht über die Regelung der Prozeßvoraussetzungen in den kantonalen Prozeßordnungen mit der herben Kritik: „Vielfach erhält man den Eindruck eines planlosen Tastens, namentlich wenn man vergleicht, wie sehr die Gesetzgebungen bezüglich der unter die „prozeßhindernden Einreden" oder „exceptions dilatoires" zu subsummierenden Fälle differieren. Es mangelt an prinzipieller Erfassung der Frage, man nimmt das in der Praxis Nächstliegende und vorzugsweise als einer Regelung bedürftig Erscheinende auf und stellt es unter eine dem bestimmten Falle angepaßte Regel, ohne es in seinem weiteren Zusammenhange mit der Struktur des Prozesses zu erfassen" (Der Zivilprozeß in der Schweiz, S. 92/93).

[216]) K. Etter, Der erstinstanzliche prozessuale Vorfragenentscheid im schweizerischen Zivilprozeßrecht, Zürcher Dissertation, Straßburg 1926.

Spiele ist, dort schaltet ja der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Prorogation von vorneherein aus, indem er eine ausschließliche Zuständigkeit stipuliert. Man hat die Einrede der Prorogation daher etwa als „verzichtbare Prozeßvoraussetzung" bezeichnet, was ihrem Wesen allerdings nicht völlig gerecht wird.[217])

Neben der Rechtsnatur des § 39 war in der deutschen Rechtswissenschaft das Verhältnis des § 39 zum heutigen § 274 (früher § 247) stark umstritten. § 274 zählt die „prozeßhindernden Einreden" auf, deren sieben an der Zahl, worunter an erster Stelle die Einrede der Unzuständigkeit, und bestimmt sodann in Abs. 3: „Nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache können prozeßhindernde Einreden nur geltend gemacht werden, wenn dieselben entweder solche sind, auf welche der Beklagte wirksam nicht verzichten kann, oder wenn der Beklagte glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden nicht imstande gewesen sei, dieselben vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen." Das heißt also, daß die Nachholung der Unzuständigkeitseinrede grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist. Die Frage ist nun, ob diese Bestimmung auch auf den Tatbestand des § 39 anwendbar ist. Kann sich der Beklagte, nachdem er sich vor dem unzuständigen Richter vorbehaltlos eingelassen hat, unter Umständen nachträglich beispielsweise auf einen entschuldbaren Irrtum über die Zuständigkeit berufen? Die Präklusionstheorie neigte dazu, diese Frage zu bejahen, weil sie das entscheidende Moment im § 39 in der Unterlassung der Unzuständigkeitseinrede erblickt. So hat Wach in seiner Dekanatsrede den § 39 aus dem § 274 heraus zu erklären gesucht,[218]) und auch Bülow bezeichnete den § 39 als eine Schlußfolgerung aus § 274.[219]) Bezeichnenderweise hat Wach diese Auffassung fallen gelassen und § 39 ausdrücklich nicht als eine Schlußfolgerung aus § 274 erklärt, als er der Präklusionstheorie den Rücken kehrte.[220]) Heute ist man darüber einig, daß § 39 nicht nur keine Schlußfolgerung aus § 274 ist, sondern diesem vielmehr als lex specialis vorangeht.[221]) Die Begründung kann nach allem, was weiter oben über die Rechtsnatur des § 39 ausgeführt worden ist, nicht schwer fallen.

§ 39 bezweckt, die Begründung der Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts vom Prorogationswillen der Parteien unabhängig

[217]) Vergl. Deybeck, a. a. O., S. 48 ff.
[218]) Wach, Archiv 62, S. 383.
[219]) Bülow, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, Archiv 62, S. 42.
[220]) Wach, Handbuch, S. 505.
[221]) Vergl. Seuffert-Walsmann, a. a. O., S. 452, sowie die dort angegebenen Zitate, ferner Rosenberg, a. a. O., S. 90; Förster-Kann, a. a. O., S. 144, usf.

zu machen. Mit § 274 allein war es nicht getan, da dieser ja grundsätzlich die Nachholung der Unzuständigkeitseinrede zuläßt, also noch nicht positiv die Zuständigkeit begründet. „Deshalb bedurfte es neben den §§ 274 und 504 noch der besonderen Vorschrift des § 39, der auch diese positive, über den § 274 hinausgehende Wirkung der Begründung der Zuständigkeit an denselben Tatbestand knüpft, mit welchem der § 274 den Verlust der Unzuständigkeitseinrede verbindet."[222]) Das entscheidende Moment liegt darin, daß der § 39 nicht nur die Unzuständigkeitseinrede präkludiert, was durch § 274 allenfalls geheilt werden kann, sondern Zuständigkeit begründet. Der Mangel der Zuständigkeit wird nicht etwa bloß unbeachtlich, sondern er wird beseitigt.[223]) Im Verzicht auf die Geltendmachung der Unzuständigekit, resp. in ihrem objektiven Nichtgebrauch liegt ein die Zuständigkeit kreierendes Moment. Und da nicht nur eine Unterlassung der Unzuständigkeitseinrede vorliegt, sondern durch die vorbehaltlose Einlassung das vorher unzuständige Gericht zuständig geworden ist, so kommt eine nachträgliche Einrede der Unzuständigkeit nicht bloß verspätet, sondern sie ist schlechterdings ausgeschlossen, weil gar keine Unzuständigkeit mehr vorliegt. Diesen Wesensunterschied zwischen den § 39 und 274 hat wiederum Kohler klar erkannt: „Wenn der Beklagte es versäumt, vor der materiellen Einlassung den Einwand der Incompetenz zu bringen, so kann er ihn allerdings später nicht mehr bringen — aber nicht so, als ob das Gericht zwar an sich incompetent bliebe, aber die Einrede ausgeschlossen wäre, sondern weil das Gericht nunmehr competent geworden ist, der Einwand der Incompetenz daher unbegründet wäre." Der Einwand der Inkompetenz müsse daher verworfen werden, „nicht weil er versäumt, sondern weil er unzutreffend ist".[224]) Diesen feinen, aber bedeutsamen Unterschied dürfte (neben manchen andern) auch Etter nicht ganz richtig gewürdigt haben, als er die prorogierbare örtliche Zuständigkeit als eine echte Prozeßvoraussetzung bezeichnete, „die aber nur bis zu einem bestimmten Punkte des Verfahrens auf Parteirüge oder von Amts wegen geprüft werden kann".[225]) Die Prorogation kann nur bis zu diesem bestimmten Zeitpunkte geprüft werden, weil sie nachher überhaupt keine Prozeßvoraussetzung mehr bildet. § 39 (und das-

[222]) Jonas, a. a. O., Anm. I, zu § 39.
[223]) Vergl. Rosenberg, a. a. O., S. 90.
[224]) Kohler, Gesammelte Beiträge, S. 87 und 88.
[225]) Etter, a. a. O., S. 80. Das gleiche gilt für die Bemerkung Etters auf S. 101: „Für die örtliche Unzuständigkeitseinrede ergibt sich die Pflicht des Beklagten zu vorgängiger Geltendmachung freilich schon aus den Prorogationsvorschriften (Zürich § 16 f.), nach denen ja bei widerspruchsloser Einlassung auf die Hauptsache die Einrede verwirkt sein soll". Das ist ein Rückfall in die Präklusionstheorie.

selbe gilt von den entsprechenden Vorschriften in den schweizerischen Prozeßordnungen wie § 17 der zürcherischen ZPO. u. a.) will ja eben die Zuständigkeit des Gerichts in einem bestimmten Augenblicke vom Willen der Parteien unabhängig machen und sie durch ein objektives Moment (die vorbehaltlose Einlassung) endgültig entstehen lassen. Dieser eigentliche Sinn des § 39 erfährt durch die Abgrenzung gegen die Unzuständigkeitseinrede eine überzeugende Bestätigung.

Schließlich ist noch auf ein Moment hinzuweisen, das die Einrede der Prorogation mit allen übrigen Unzuständigkeitseinreden teilt, das sie aber von der Einrede des Schiedsvertrages unterscheidet. Es ist ein allgemein anerkannter Grundsatz, daß jedes Gericht seine Zuständigkeit selbst prüft. Das ist theoretisch zweifellos anfechtbar, weil die Prüfung der Zuständigkeit ja bereits eine gerichtliche Funktion ist und daher eigentlich durch ein unzuständiges Gericht gar nicht sollte vorgenommen werden können, praktisch aber unerläßlich. Der Grundsatz der Selbstprüfung der Zuständigkeit gilt auch im Falle der Prorogation. Erhebt der Beklagte vor dem an sich zuständigen Gericht die Einrede der Prorogation, dann muß das betreffende Gericht prüfen, ob diese Einrede berechtigt ist. Das Gleiche gilt umgekehrt, wenn der Kläger ein an sich unzuständiges Gericht unter Berufung auf eine Prorogation anruft und der Beklagte dieselbe bestreitet. In beiden Fällen muß das Gericht prüfen, ob tatsächlich eine Prorogation vorliegt und ob dieselbe rechtsgültig ist. Wo die Zivilprozeßordnung eine Einlassungsverweigerung kennt, d. i. „die Befugnis des Beklagten, in einem Prozeß mit der Entwicklung seiner übrigen Verteidigungsmittel zuzuwarten, bis die prozessualen Vorfragen erledigt sind“[226]) — der Zweiteilung des Verfahrens, wie sie Bülow und Heusler erstrebten, entspricht diese Einlassungsverweigerung am ehesten —, dort muß die Zuständigkeit vorgängig gesondert abgeklärt werden[227]); wo dagegen (wie in den Kantonen Zürich, Thurgau und Schaffhausen) keine Einlassungsverweigerung besteht,[228]) dort dispensiert „die bloße Bestreitung der Tatsache, daß eine rechtsgültige Prorogation des Forum vereinbart worden sei, ... nicht von der Pflicht, sich vor dem prorogierten Richter auf die Sache einzulassen. Es darf nicht eingewendet werden, es müsse die Gültigkeit des Vertrages durch Urteil des Richters des Wohnsitzes des Beklagten zuerst festgestellt werden. Die Prorogation bleibt wirksam, bis der Nachweis der Ungültigkeit geleistet ist. Sonst läge es in der Hand des Beklagten, in jedem Falle

[226]) Etter, a. a. O., S. 24.
[227]) Vergl. Etter, a. a. O., S. 25 ff.
[228]) Vergl. Etter, a. a. O., S. 97 ff.

durch Bestreitung der Rechtsverbindlichkeit des betreffenden Vertrages die Prorogation unwirksam zu machen."[229]) Durch diese Selbstprüfung der Zuständigkeit unterscheidet sich nun das prorogierte Gericht vom Schiedsgericht. Dieses kann seine Zuständigkeit wie auch die Rechtsgültigkeit des Schiedsvertrages vielfach aus dem einfachen Grunde nicht selber prüfen, weil es überhaupt noch nicht besteht und der Streit gerade um die Bildung des Schiedsgerichtes geht,[230]) — was beim prorogierten Gericht, da dieses ja immer bereits besteht, ausgeschlossen ist. Aus dieser rein praktischen Erwägung heraus hat man daher den Anspruch auf Bestellung eines Schiedsgerichts oder auf Feststellung der Rechtsgültigkeit eines Schiedsvertrages vielfach als einen materiellrechtlichen betrachtet, was zur Folge hat, daß für die Behandlung dieser Fragen die ordentlichen Gerichte zuständig sind. So hat das schweizerische Bundesgericht einmal ausgeführt: „Wenn auch die Gesetzgebung und die Gerichtspraxis dazu gekommen sind, den Streit über die Gültigkeit eines Kompromisses als einen solchen über einen privatrechtlichen Anspruch aufzufassen, so geschah dies doch offenbar bloß deshalb, weil sehr oft das zum Entscheide berufene Schiedsgericht noch nicht besteht, oder doch noch nicht mit Gerichtsbarkeit ausgestattet ist, und weil es ein anderes Mittel, um die Bestellung zu erzwingen, als dasjenige der ordentlichen Klage in solchen Fällen nicht gibt. Bevor das Schiedsgericht besteht, kann es überhaupt nicht angerufen werden, und deshalb muß, wenn eine der kompromittierenden Parteien sich weigert, zur Bestellung desselben Hand zu bieten, notwendigerweise in einem besonderen Verfahren über die Gültigkeit des Kompromisses ... entschieden werden, wobei es dann nahe lag, den Anspruch wie einen materiellrechtlichen und persönlichen zu behandeln und dem Wohnsitzrichter des Beklagten zuzuweisen. Diese Besonderheiten treffen bei dem Prorogationsvertrag nicht zu, weil hier das vertraglich als zuständig bezeichnete Gericht bereits besteht und in der Lage ist, selbst über die Gültigkeit der Prorogation zu befinden..." (BGE. 24, I, S. 62, Erw. 4).[231])

---

[229]) F. Meili, Das internationale Civilprozeßrecht, S. 307. Vergl. auch BGE. 16, S. 729, 24, I, S. 61/62, und 26, I, S. 184, sowie H. R. Suter, a. a. O., S. 46/47.

[230]) Vergl. auch Schuppisser: „Die Frage der Rechtsgültigkeit des Schiedsvertrages gehört daher auch nach der Zürcher ZPO. vor die ordentlichen Gerichte. Das Schiedsgericht kann sie deshalb nicht entscheiden, weil deren Bejahung Voraussetzung seiner Existenz ist. Verneint also das Schiedsgericht das Vorliegen eines rechtswirksamen Schiedsvertrages, so sägt es den Ast ab, auf dem es sitzt", a. a. O., S. 96.

[231]) Vergl. auch BGE. 24, I, S. 336, Erw. 2, sowie Meili, a. a. O., S. 300. — Das zürcherische Obergericht hat früher die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zur Selbstprüfung seiner Kompetenz grundsätzlich anerkannt, diese Praxis dann aber in einem Entscheid aus dem Jahre 1927 wieder aufgegeben. Vergl. Nußbaum, Internat. Jahrb. f. Schiedsgerichtswesen, II, S. 360.

Die später erfolgte grundsätzliche Anerkennung der zivilprozeßrechtlichen Natur des Schiedsvertrages hat an dieser Haltung des Bundesgerichts nicht geändert.[232])

Erhebt der Beklagte gegen die Zuständigkeit des prorogierten Gerichts Einsprache, dann kann sich die Prüfung der Zuständigkeit nur auf das Vorliegen einer Zuständigkeitsvereinbarung beziehen und selbstverständlich nicht mehr auf den Zuständigkeitsgrund der vorbehaltlosen Einlassung im Sinne des § 39 der deutschen und etwa des § 17 der zürcherischen ZPO. Der Einspruch des Beklagten gegen die Zuständigkeit des prorogierten Gerichts stellt ja den klassischen Fall des Vorbehalts dar. Er schließt die Zuständigkeit des Gerichts aus. Das Gericht bleibt unzuständig, und die Unzuständigkeitseinrede kann daher grundsätzlich immer noch, also insbesondere auch noch in der Berufung geltend gemacht werden.[233])

---

[232]) „Der zivilrechtliche Charakter einer solchen Klage (sc. betr. die Verbindlichkeit und die Tragweite eines Schiedsvertrags) darf demnach auch dann unbedenklich bejaht werden, wenn man in dem Schiedsvertrage entgegen der bisherigen Praxis nicht einen materiellrechtlichen, sondern einen prozeßrechtlichen Vertrag erblickt" (BGE. 41, II, S. 309). Vergl. auch Fehr, a. a. O., S. 39.

[233]) Ueber den besonderen Fall eines nachträglichen Zuständigwerdens des Gerichts trotz ursprünglichen Vorbehaltes des Beklagten in § 17 der zürcherischen ZPO. siehe unten S. 88.

BESONDERER TEIL.

Die Prorogation im schweizerischen Recht.

Zusammenfassende Darstellung der Regelung der Prorogation in den kantonalen Zivilprozeßordnungen.

Nachdem wir uns im allgemeinen Teil die Aufgabe gestellt haben, die rechtliche Natur der Prorogation zu untersuchen, sei im folgenden, gewissermaßen als Nutzanwendung, auf die konkrete Regelung hingewiesen, die dieses Institut in der Schweiz gefunden hat. Ein spezifisch schweizerisches Prorogationsrecht gibt es nicht. Vielmehr gilt auch hier, was Heusler von der Zuständigkeitslehre allgemein gesagt hat: „Schweizerisches Eigengewächs ist auf diesem Gebiete nicht zu erwarten und nicht zu finden".[234]) Wir begnügen uns daher mit einer knappen Uebersicht über die Regelung der Prorogation in den kantonalen Zivilprozeßordnungen. Dabei ist es uns vor allem darum zu tun, einige Wesensmerkmale aufzuzeigen, durch die sich die kantonalen Prozeßordnungen vom deutschen Recht und auch unter einander unterscheiden.

Während die deutsche ZPO. kein Ablehnungsrecht des prorogierten Richters kennt, räumt die Mehrzahl der Kantone, die die Prorogation kennen — und das sind fast alle —, dem Richter das Recht ein, die Prorogation abzulehnen. Unbeschränkt ist dieses Ablehnungsrecht in den Kantonen Aargau (§ 13), Basel-Land (§ 31), Luzern (Art. 51), Nidwalden (§ 19), Schaffhausen (§ 110), Thurgau (§ 19) und Wallis (Art. 20), während es Bern, Zürich und Schwyz wesentlich einschränken. Bern läßt eine Ablehnung der Prorogation nur zu, wenn zur Zeit der Klageerhebung keine der Parteien im Kanton Bern Wohnsitz oder eine Zweigniederlassung hat (Art. 27). Weniger weit gehen Zürich (§ 16) und Schwyz (§ 57) — die ZPO. von Schwyz vom Jahre 1915 lehnt sich ganz allgemein stark an diejenige von Zürich vom Jahre 1913 an —, die den Richter nur dann zur Annahme der Prorogation verpflichten, wenn der Kläger seinen ordentlichen Gerichtsstand, (d. i. normalerweise der Gerichtsstand des Wohnsitzes) im Kanton hat. Dabei ist durchwegs die Meinung, daß der Richter von seinem Ablehnungsrecht keinen will-

[234]) A. Heusler, Der Zivilprozeß der Schweiz, S. 46.

kürlichen Gebrauch machen und insbesondere seine Entscheidung nicht hinauszögern soll.[235]) Wie die Parteien, so darf auch der Richter das Erfordernis einer klaren Prozeßsituation nicht verletzen. Lehnt der Richter die Annahme ab, so fällt die Prorogation dahin und es bleibt beim ursprünglich zuständigen Gericht, resp. lebt im Falle der Vereinbarung einer ausschließlichen Zuständigkeit die Zuständigkeit des ausgeschlossenen Gerichtes wieder auf. Die oben nicht erwähnten Kantone kennen gleich der deutschen ZPO. kein Ablehnungsrecht des Richters, wenigstens nicht im Gesetz selbst. In der Praxis besteht allerdings ein Ablehnungsrecht auch in St. Gallen und Graubünden.[236]) Die Zivilprozeßordnung von Neuchâtel dagegen verbietet dem Richter sogar ausdrücklich, sich einer Prorogation zu entziehen.[237])

Eine weitere Eigentümlichkeit des Prorogationsrechts in der Schweiz liegt in der Umgehung oder besser gesagt Uebersprungung einer unteren Instanz, während die deutsche ZPO. die Prorogation ausdrücklich auf die Gerichte erster Instanz beschränkt (§ 38). Die Umgehung liegt darin, daß eine Streitsache durch Vereinbarung der Parteien unmittelbar an die Appellationsinstanz gebracht wird, — in einem gewissen

---

[235]) Vergl. Leuch, Gesetz betr. die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, 1922, S. 37, Anm. 5 zu § 27, und S. 19/20, Anm. c, wonach im Kanton Bern die Ablehnung nur erfolgen dürfe, solange das Gericht nicht auf die materielle Behandlung der Sache eingetreten ist. Aehnlich auch O. Böckli, Zivilprozeß-Ordnung für den Kanton Thurgau, 1930, S. 19, und O. Schnyder, Gesetz über die Gerichts-Organisation und die Zivil-Prozeß-Ordnung des Kantons Luzern, 1913, S. 62, Anm. 5 zu Art. 51. Einen größeren Spielraum gewährt dem Richter die zürcherische Praxis: „Es ist allerdings schon entschieden worden, daß das Gericht noch in der Hauptverhandlung erklären könne, ob es der Zuständigkeitsvereinbarung der Parteien zustimme", auf jeden Fall müsse die Ablehnung möglichst rasch erfolgen, spätestens aber nach durchgeführtem Schriftenwechsel, also nicht mehr im Beweisverfahren (Entscheid der Appellationskammer, Bl. ZR. 16, Nr. 95, S. 153). Andererseits hat die Appellationskammer einmal im Hinblick auf den Plenarbeschluß eines Bezirksgerichts, auf eine Gerichtsstandsvereinbarung prinzipiell in keinem Falle einzutreten, für unzulässig erklärt: das Gericht „soll doch auf die Verhältnisse des einzelnen Falles, welche vielleicht die Anhandnahme rechtfertigen, Rücksicht nehmen können" (Bl. ZR. 11, Nr. 70, S. 109). Vergl. auch den Entscheid des zürcher. Obergerichts, in dem es heißt: „... die Parteien haben aber Anspruch darauf, daß das Gericht sofort, nachdem das nach den Umständen tunlich erscheint, zu dieser Frage Stellung nehme" (Bl. ZR. 32, Nr. 8, S. 17).

[236]) Vergl. Scherrer-Füllemann, Gesetz betr. die Civilrechtspflege für den Kanton St. Gallen, 1902, zu Art. 30, Abs. 2 sowie diesen Artikel selber, der den Richter in einem bestimmten Fall zur Annahme der Prorogation ausdrücklich verpflichtet, was e contrario den Schluß zuläßt, daß in den übrigen Fällen der Richter die Prorogation ablehnen kann. Außerdem weist Scherrer-Füllemann an der angeführten Stelle auch noch darauf hin, daß das St. Galler Parlament die Aufnahme einer Bestimmung, wonach die Ablehnung ausgeschlossen sein sollte, abgelehnt hat. Aehnlich wie in St. Gallen scheint die Praxis in Graubünden zu sein. Vergl. J. B. Caflisch, Kommentar zur (früheren) bündnerischen Zivilprozeßordnung vom Jahre 1871, S. 42/43.

[237]) Art. 14 (33): „... Le tribunal choisi par elles (les parties) ne peut refuser de se saisir de l'action".

Sinne also das Gegenstück zum Verzicht auf die Berufung. Diese Form der Prorogation dient einer Vereinfachung und Abkürzung des Prozesses, sie empfiehlt sich daher insbesondere dort, wo neben dem kantonalen Gerichte zweiter Instanz (Obergericht) auch noch das Bundesgericht angerufen werden kann. Die meisten Kantone gestatten diese Umgehung einer unteren Instanz durch Parteivereinbarung. Ja, in einigen Kantonen, wie in Appenzell a. Rh. (Art. 26), Graubünden (Art. 33)[238]) und Obwalden (Art. 187) bildet sie den einzigen im Gesetz erwähnten Fall der Prorogation. Da es sich um eine Vereinbarung der sachlichen, resp. funktionellen Zuständigkeit handelt, finden wir diese Form der Prorogation meist im Gerichtsverfassungsgesetz geregelt. Die Kantone Aargau (§ 16), Glarus (§ 17), Graubünden (Art. 33), Schwyz (§ 11) und Tessin (Art. 403) knüpfen die Umgehung der unteren Instanz an die Voraussetzung, daß die Berufung an das Bundesgericht möglich ist, während die Kantone Appenzell a. Rh. (Art. 26), Basel-Land (§ 11), Freiburg (GVG. Art. 47), St. Gallen (Art. 30), Genf (GVG. Art. 24)), Nidwalden (§ 10) und Uri (Art. 26) diese Umgehung ohne weiteres zulassen. Der Kanton Schaffhausen sieht eigenartigerweise in der Verfassung vor, daß im Einverständnis beider Parteien eine Klage unmittelbar beim erstinstanzlichen Gericht anhängig gemacht werden kann, also unter Umgehung des Friedensrichters, der grundsätzlich in allen Zivil- und Ehrverletzungssachen als Vermittler amtet.[239]) Da die Umgehung einer unteren Instanz aus den angeführten Gründen auch den Wünschen des Gesetzgebers entgegenkommt, finden wir diese Form der Prorogation gelegentlich erleichtert. So besteht hier regelmäßig kein Ablehnungsrecht des Richters, oder der Richter wird sogar ausdrücklich zur Annahme verpflichtet.[240]) Die Umgehung der unteren Instanz ist etwa auch dort formlos gültig, wo die Prorogation im übrigen einer Form bedarf.[241]) Noch weiter in der Begünstigung ist der Kanton Tessin gegangen, der in den Fällen, die an das Bundesgericht weitergezogen werden können, auch einer Partei allein das Recht gibt, die erste Instanz zu überspringen.[242]) Hier liegt im Grunde nicht mehr eine Prorogation vor, sondern eine einseitige Kreierung der Zuständigkeit.

---

[238]) Art. 33 der ZPO. Graubünden (1907) sagt ausdrücklich, daß in diesem Fall „prorogirt" werde.

[239]) Verfassungsgesetz vom 10. Juli 1928, Art. 71, Abs. 2. Vergl. M. Jenny, Schaffhauser Rechtsbuch, 1931, S. 981.

[240]) Vergl. das bereits erwähnte Beispiel des Art. 30, Abs. 2, der ZPO. von St. Gallen.

[241]) So beispielsweise Basel-Land, § 11, 1c, §§ 31 und 34.

[242]) Vergl. das Tessiner GVG. 1899, Art. 30, ZPO. 1924, Art. 403, sowie Schurter und Fritzsche, a. a. O., II, 2, S. 404.

Ihren natürlichen Abschluß hat die Begünstigung der Umgehung der unteren Instanz im Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Waadt vom Jahre 1911 sowie in den Zivilprozeßordnungen der Kantone Bern vom Jahre 1918, Wallis vom Jahre 1919 und Neuenburg vom Jahre 1925 gefunden. Hier hat nämlich der Gesetzgeber überall die Umgehung der ersten Instanz in den an das Bundesgericht weiterziehbaren Fällen vom Willen der Parteien losgelöst und in die zwingende Gesetzesvorschrift umgewandelt, daß für Sachen in bundesgerichtlicher Zuständigkeit nur eine kantonale Instanz in Aktion treten soll. So lautet Art. 7, Abs. 2, der bernischen ZPO. vom Jahre 1918: „Er (der Appellationshof) beurteilt als einzige Instanz alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten, welche der Berufung an das Bundesgericht fähig sind, soweit sie nicht einem andern Gericht zugewiesen sind."[243])[244])

Im übrigen kennen die kantonalen Zivilprozeßordnungen nur ganz vereinzelte Fälle der Vereinbarung einer sachlichen oder funktionellen Zuständigkeit. So gestatten verschiedene Kantone die Erweiterung der Spruchkompetenz eines unteren Gerichts durch Parteivereinbarung.[245]) Dieser Vorgang darf ebenfalls noch als Prorogation angesprochen werden, indem durch Parteivereinbarung ein an sich (sachlich) unzuständiges Gericht zuständig wird. Die Erweiterung der Spruchkompetenz ist das Gegenstück zur Umgehung der unteren Instanz; denn die Absicht der Parteien ist offenbar die, auf diese Weise die Berufungsinstanz möglichst auszuschalten. Ganz deutlich tritt dies dort in Erscheinung, wo die Par-

---

[243]) Ebenso Art. 54 des GVG. des Kt. Waadt 1911 und Art. 5, Abs. 1 der ZPO. Wallis 1919.

[244]) Im Augenblick der Drucklegung dieser Arbeit hat die Ausschaltung der unteren Instanz durch Prorogation auch in die mit Wirkung vom 1. Juli 1935 in Kraft getretene abgeänderte ZPO. des Kantons Zürich Eingang gefunden. Laut ZPO. § 114, Abs. 3, und GVG. § 48, Ziffer 1, können die Parteien in Fällen, in denen das Urteil der letzten kantonalen Instanz durch Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden kann, im Sühnverfahren vor dem Friedensrichter vereinbaren, daß der Prozeß vom Obergericht als einziger kantonaler Instanz zu behandeln sei. Sie können also, von bestimmten im Gesetz vorgesehenen Fällen abgesehen, das Bezirksgericht ausschalten. Umgekehrt sehen die abgeänderten §§ GVG. 48, Ziffer 2, und ZPO. 314, Abs. 2, vor, daß die Parteien in Prozessen, die der Berufung an das Bundesgericht unterliegen, nach deren Beurteilung durch das Bezirksgericht (oder durch den Einzelrichter im beschleunigten Verfahren) durch Vereinbarung auf den Weiterzug an das Obergericht verzichten können, so daß dieses ausgeschaltet und das bezirksgerichtliche Urteil als von der letzten kantonalen Instanz erlassen angesehen wird. Die Parteien können also direkt ans Bundesgericht gelangen. — Diese beiden neuen Fälle der Prorogation im zürcherischen Prozeßrecht sollen, wie es im beleuchtenden Bericht des Regierungsrates hieß, der Zeit- und Kostenersparnis sowie der Entlastung der Gerichte dienen.

[245]) So konnten die Parteien in Basel-Stadt früher den Einzelrichter mit der Entscheidung höherer Streitwerte als im Gesetz vorgesehen war, betrauen, was man als „compromittieren" bezeichnete, und heute das sog. „Dreiergericht". Vergl. Schurter und Fritzsche, a. a. O., II, 1, S. 182.

teien gleichzeitig vereinbaren können, daß die Entscheidung des Gerichts, dessen Spruchkompetenz sie erweitert haben, eine endgültige sein soll.[246]) Diese Prorogationsform ist somit dem Verzicht auf die Berufung verwandt und nähert sich dem Wesen des Schiedsgerichts. Die größte Aehnlichkeit aber besitzt sie mit dem Institut der „Uebergabe in geschlossene Hand", wie es die Kantone Glarus und Thurgau kennen.[247]) Diese hat mit dem Schiedsvertrag gemeinsam, daß das Gericht nach freiem Ermessen urteilt und der Entscheid nur durch außerordentliche Rechtsmittel angefochten werden kann, unterscheidet sich aber vom Schiedsvertrag dadurch, daß nicht ein von den Parteien gewähltes, sondern ein bereits bestehendes staatliches Gericht urteilt. Von der Prorogation unterscheidet sich das Verfahren „zu geschlossenen Handen" dadurch, daß nicht ein an sich unzuständiger, sondern der zuständige Richter entscheidet. Die Parteivereinbarung ist hier überdies immer eine incidente, d. h. sie kann erst im Laufe des Prozesses, nachdem der Rechtsstreit bereits anhängig ist, niemals aber dem Prozeß vorgängig getroffen werden (siehe auch oben S. 27).

Eine sachliche Prorogation liegt weiterhin dort vor, wo eine Zivilprozeßordnung gestattet, daß die Parteien vereinbarungsweise an Stelle des Bezirksgerichts das Handelsgericht anrufen (so Zürich GVG. § 83). Aber auch den umgekehrten, vom Gesetz ebenfalls zugelassenen Vorgang, daß die Parteien statt des Handelsgerichts das Bezirksgericht anrufen, wird man als Prorogation bezeichnen dürfen, da ja auch das Handelsgericht ein staatliches Gericht darstellt (Zürich GVG. § 82). Es ist daher nicht ganz korrekt, wenn der zürcherische Gesetzgeber das

---

[246]) So lautet § 10 der ZPO. Nidwalden vom Jahre 1890: „Im Einverständnis der Parteien können Streitsachen, deren Wert Fr. 50.— übersteigt, dem Vermittlungsgerichte zur endgültigen Entscheidung übertragen werden; ebenso können Prozesse, deren Streitwert mehr als Fr. 200.— beträgt, mit Umgehung des Kantonsgerichts sofort an das Obergericht gezogen werden oder aber der endgültigen Beurteilung des Kantonsgerichts unterbreitet werden. Im Einverständnis der Parteien kann eine Streitsache auch einem vereinbarten Ausschuß des Kantons- oder Obergerichts endgültig zur Beurteilung unterbreitet werden ..." — wie man sieht, recht viele Möglichkeiten der Abänderung der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit.

[247]) „Hübsch ist das Wiederaufleben des Verfahrens zu geschlossenen Handen, das (im Kt. Thurgau) 1843 abgeschafft worden ist, sich aber gewohnheitsrechtlich erhalten und nach dem Bericht des Regierungsrates in vielen Fällen als durchaus zweckdienlich erwiesen hat", Schurter und Fritzsche, a. a. O., II, 2, S. 755. — § 223 der ZPO. des Kt. Thurgau vom Jahre 1928 lautet: „Die Parteien können einen bei einem ordentlichen Gerichte anhängigen Rechtsstreit in jedem Stadium desselben (nach Böckli, a. a. O., Anm. 1 zu § 223, sogar noch im Berufungsverfahren) dem Gerichte zum sofortigen und endgültigen Entscheide übergeben. Das Gericht urteilt in diesem Falle nach freiem Ermessen ohne weiteres Beweisverfahren ... Gegen das Urteil bestehen nur die Rechtsmittel der Revision und der Erläuterung". Aehnlich lautet Art. 225 der ZPO. von Glarus 1930, wo ein solches Urteil als „Kompromiß" bezeichnet wird.

Marginale „kraft Vereinbarung" nur für § 83 verwendet. Dagegen hat das Marginale zu § 82 „Verzicht" eine gewisse Berechtigung, indem es sich hier weniger um die Verschiebung der Zuständigkeit zwischen zwei gleichwertigen ordentlichen Gerichten als vielmehr um den Verzicht auf eine Art Sondergericht handelt. Mit Recht bemerkt daher H. Sträuli in seinem Kommentar zu den §§ 82 und 83 GVG., daß die Zuständigkeit des Handelsgerichts durch § 82 einen bloß fakultativen Charakter erhalte, was durch die Bestimmung in diesem Paragraphen, daß der Bezirksrichter in einem Falle, der an sich vor das Handelsgericht gehört, seine sachliche Zuständigkeit nicht prüfen darf, sondern die Unzuständigkeitseinrede des Beklagten abwarten muß, noch unterstrichen wird. Ganz ähnlich liegt der Fall, wenn das Gesetz den Parteien erlaubt, Streitigkeiten, für deren Beurteilung an sich die Zuständigkeit des gewerblichen Schiedsgerichtes gegeben ist, den ordentlichen Gerichten zu unterbreiten (so GVG. Zürich, § 15, Abs. 2). Auch hier wird man mit Sträuli weniger einen eigentlichen Fall der Vereinbarung eines sachlich nicht zuständigen Gerichtes als einen Verzicht auf ein Sondergericht zugunsten des ordentlichen Richters annehmen.[248]) Umgekehrt liegt dagegen wiederum echte Prorogation vor, wenn die Parteien vereinbaren dürfen, dem Gewerbegericht auch solche Fälle zu unterbreiten, die eigentlich vor das ordentiche Gericht gehören.[249])

Damit sind die Beispiele der Prorogation einer sachlichen oder funktionellen Zuständigkeit in den kantonalen Zivilprozeßordnungen erschöpft. Immer beschränkt sich die Vereinbarung einer sachlichen oder funktionellen Zuständigkeit auf genau umschriebene Einzelfälle. Dadurch unterscheidet sich das Recht der schweizerischen Kantone wesentlich vom deutschen Recht, das in § 38 die Prorogation der sachlichen Zuständigkeit grundsätzlich ebenso allgemein zuläßt wie diejenige der örtlichen. Dies rührt zum guten Teil allerdings daher, daß Deutschland im Gegensatz zur Schweiz zwei gleichwertige Gruppen von erstinstanzlichen Gerichten nebeneinander kennt, nämlich die Amts- und die Landgerichte.

Ihr eigentliches Anwendungsgebiet besitzt die Prorogation in den Gesetzgebungen der Kantone demnach in der örtlichen Zuständigkeit. Diese Tatsache kommt schon darin zum Ausdruck, daß die Proro-

---

[248]) Sträuli, Komm. S. 11, Anm. 7 zu § 15 GVG.

[249]) Vergl. Art. 4, ZPO., Bern: „... Hiervon sind ausgenommen Streitigkeiten zwischen häuslichen Dienstboten und landwirtschaftlichen Arbeitern einerseits, und ihren Arbeitgebern andererseits. Im Einverständnis beider Parteien kann das Gewerbegericht auch solche Fälle beurteilen" (es muß also nicht). Vergl. auch Leuch, a. a. O., S. 15, Anm. 5 zu Art. 4.

gation fast regelmäßig unter dem Titel „Gerichtsstand", d. h. aber örtliche Zuständigkeit, behandelt wird.[250]) Prorogation ist im schweizerischen Recht daher zur Hauptsache in der Tat „Gerichtsstandsvereinbarung". Unbekannt ist dieselbe einzig den Kantonen Zug, Graubünden und Obwalden. Während aber die Kantone Graubünden und Obwalden die Prorogation wenigstens in der Form der Umgehung der unteren Instanz kennen, begegnen wir in der Zuger Prozeßordnung überhaupt keinem Fall der Prorogation.[251]) Von den übrigen Kantonen kennen einige, so Aargau (§ 13), Basel-Land (§ 31) und Uri (Art. 36) nur die echte (sowohl ausdrückliche als auch stillschweigende) Zuständigkeitsvereinbarung, die dem § 38 der deutschen ZPO. entspricht, andere umgekehrt nur den Zuständigkeitsgrund der vorbehaltlosen Einlassung, so Appenzell i. Rh. (Art. 18), Freiburg (Art. 33), Luzern (Art. 51) und Wallis (Art. 20). Dabei vermeiden es die letztgenannten Kantone, eine Zuständigkeitsvereinbarung zu fingieren, sondern bezeichnen richtigerweise die vorbehaltlose Einlassung als den selbständig wirkenden Zuständigkeitsgrund. Allerdings ist dabei zu sagen, daß für diese Zivilprozeßordnungen, weil ihnen der Tatbestand der echten Zuständigkeitsvereinbarung fremd ist, weder ein Anlaß noch auch die Möglichkeit vorlag, die vorbehaltlose Einlassung vermittelst einer Fiktion unter den (ihnen ja unbekannten) Tatbestand der Zuständigkeitsvereinbarung zu subsumieren.[252]) Und wenn etwa der Kanton Appenzell i. Rh. den Tatbestand der vorbehaltlosen Einlassung in eine praesumptio juris et de jure kleidet, so liegt darin doch keine Fiktion einer Vereinbarung, sondern lediglich die der Wahrheit viel näher kommende Praesumption der Anerkennung eines an sich unzuständigen Gerichts.[253])

Die Zivilprozeßordnungen der verbleibenden Kantone enthalten, mit Ausnahme von Genf, das die Gerichtsstandsvereinbarung nur in der Form

---

[250]) Praktisch spielt natürlich auch in Deutschland die Vereinbarung der örtlichen Zuständigkeit die Hauptrolle, indem die in § 40 vorgesehenen ausschließlichen Zuständigkeiten zur Hauptsache die sachliche Zuständigkeit einschränken und die Vorschrift in § 38, daß nur an ein erstinstanzliches Gericht prorogiert werden darf, die funktionelle Prorogation gänzlich ausschließt.

[251]) Zivil-Prozeß-Ordnung für den Kanton Zug vom 15. Oktober 1863.

[252]) Als Beispiel sei Art. 33 der Freiburger ZPO. vom 12. Oktober 1849 zitiert: „Läßt sich der Beklagte vor einem in Beziehung auf seine Person nicht kompetenten Gerichte ein, so wird dieses dadurch kompetent zur Beurteilung des Streites, in welchem die Einlassung erfolgt ist".

[253]) Art. 18 ZPO. Appenzell, I. Rh., 1892: „Hat ein Beklagter sich vor dem vom Kläger angerufenen Gerichtsstande, den Vermittlungsvorstand mit eingerechnet, in den Prozeßgegenstand eingelassen, so wird angenommen, er habe denselben anerkannt".

der französischrechtlichen élection du domicile kennt,[254]), sowohl die echte als auch die unechte Prorogation, d. h. die beiden in §§ 38 und 39 der deutschen ZPO. enthaltenen Sachbestände. Dabei ist es aber nur dem Kanton Glarus in seiner Zivilprozeßordnung vom Jahre 1930 restlos geglückt, den Zuständigkeitsgrund der vorbehaltlosen Einlassung von demjenigen der Vereinbarung klar zu unterscheiden.[255]) Auch die Zivilprozeßordnung des Kantons Solothurn aus den Jahren 1891 und 1926 hält die beiden Tatbestände deutlich auseinander, wie schon die Marginalien „gewillkürter Gerichtsstand" (Art. 21) und „Einlassung auf den Gerichtsstand" (Art. 27) beweisen, sie arbeitet aber nicht genügend scharf heraus, daß die vorbehaltlose Einlassung die Zuständigkeit kreiert, sondern rückt im Sinne der Präklusionstheorie den Gedanken der Verwirkung der Unzuständigkeitseinrede in den Vordergrund.[256]) Die ZPO. von Neuchâtel spricht ähnlich wie diejenige von Appenzell i. Rh. vorsichtigerweise nicht von der Annahme einer Vereinbarung, sondern von derjenigen einer stillschweigenden Anerkennung der Zuständigkeit.[257]) Die anderen Kantone dagegen haben sich von der Fiktion der Zuständigkeitsvereinbarung im Sinne des § 39 der deutschen ZPO nicht zu befreien vermocht. Das gilt insbesondere von den Kantonen Basel-Stadt (§ 11, Abs. 3), St. Gallen (Art. 56, Abs. 3), Schaffhausen (§ 111), Thurgau (§ 19, Abs. 3) und Zürich (§ 17, Abs. 1).[258]) Die Zivilprozeßordnungen von Bern (Art. 28), Schwyz (§ 57) und Tessin (Art. 33) vermeiden zwar im Text die ominöse Fiktion der Zuständigkeitsvereinbarung und sprechen nur von der vorbehaltlosen Einlassung, verderben aber alles wieder, indem sie als Marginale den Ausdruck „Vereinbarung" ver-

[254]) Es heißt in Art. 55 GVG. Genf vom Jahre 1911: „... sont justiciables des tribunaux du canton: ... 2° Les personnes qui auront leur domicile ou leur résidence dans le canton ou qui y auront élu domicile". Danach hat die Wahl eines Domizils die Begründung der Zuständigkeit automatisch zur Folge. Daneben spielt die élection du domicile auch noch in den Kantonen Freiburg (Art. 19), Neuchâtel (Art. 14) und Waadt (Art 74) eine gewisse, wenn auch den anderen Prorogationstatbeständen gegenüber mehr untergeordnete Rolle.

[255]) § 19, Abs. 3, ZPO. 1930: „Wenn der Beklagte sich vor einem nicht zuständigen Richter auf die Klage ohne Widerrede einläßt, so wird dadurch dessen Zuständigkeit begründet. Siehe auch oben S 71.

[256]) Art. 27 lautet: „Die Zuständigkeit eines Gerichts kann vom Kläger nicht mehr angefochten werden, nachdem er die Klage, und vom Beklagten nicht mehr, nachdem er die Antwort zu Protokoll gegeben hat".

[257]) Art. 15 lautet: „La partie assignée devant un tribunal même incompétent est reputée avoir admis sa compétence, si elle n'oppose pas un déclinatoire aussitôt après l'introduction de la demande, avant tous débats au fond..."

[258]) Als Beispiele seien angeführt ZPO. Zürich, § 17: „Als stillschweigende Vereinbarung wird es angesehen, wenn der Beklagte sich auf die vor einem unzuständigen Gerichte erhobene Klage ohne Widerrede einläßt...", und ZPO. Basel-Stadt, § 11 (in der durch das Einführungsgesetz zum ZBG. vom Jahre 1911 abgeänderten Fassung): „Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache verhandelt".

wenden.[259]) Da es sich bei der Zivilprozeßordnung des Kantons Glarus um die jüngste in der Schweiz handelt (1930), so dürfte die Erwartung nicht unbegründet sein, daß die in ihr getroffene vorbildliche Regelung auf die Revision der Prozeßordnung in anderen Kantonen eine gewisse Wirkung ausüben wird.

Wann eine Einlassung vorliegt, bestimmt sich nach der konkreten Prozeßordnung. Begrifflich entspricht der Ausdruck „vorbehaltlose Einlassung" demjenigen des „Verhandelns zur Hauptsache" in § 39 der deutschen ZPO.[260]) Keine völlige Uebereinstimmung herrscht in der Frage, inwieweit die Zuständigkeit schon durch die Einlassung vor dem Friedensrichter begründet wird. Soweit es sich lediglich um einen Sühneversuch handelt, wird man im Verhandeln vor dem Friedensrichter keine die Zuständigkeit präjudizierende Einlassung erblicken dürfen; denn der Sinn dieses Verhandelns ist ja gerade der, einen Prozeß zu vermeiden, und es wäre unbillig, dem Beklagten daraus, daß er auf den Versuch zu einer gütlichen Einigung eingegangen ist, einen Strick zu drehen.[261]) Die meisten Kantone erblicken daher in der Verhandlung vor dem Friedensrichter keine die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts begründende Einlassung, so ausdrücklich die Kantone Schaffhausen, Thurgau und Zürich.[262]) Im Gegensatz dazu liegt nach der ZPO. von Appenzell i. Rh. bereits in der Einlassung vor dem Ver-

---

[259]) ZPO. Bern, Art. 28, lautet: „Verteidigt sich der Beklagte vor einem örtlich unzuständigen Richter, ohne dessen Zuständigkeit zu bestreiten, so wird dieser zur Beurteilung des Rechtsstreites zuständig", und das Marginale heißt: Art. 27, Vereinbarung a) durch ausdrückliche Erklärung, Art. 28 b) durch stillschweigende Einlassung. ZPO. Schwyz, § 57: „... Stillschweigend ist der Gerichtsstand anerkannt, wenn der Beklagte in der Klageantwort den Gerichtsstand nicht bestreitet", Marginale: Vereinbarung. Aehnlich setzt die Tessiner ZPO. vom Jahre 1924 über Art. 33 den Obertitel „Della peremzione e prorogazione di foro".

[260]) „Unter Einlassung ist dabei zu verstehen die Verhandlung zur Hauptsache" (Entscheid des zürch. Obergerichts, Bl. ZR. 14, Nr. 137, S. 242). Vergl. auch Leuch, a. a. O., S. 38. Ebenso die Praxis des Bundesgerichts zu BV 59 (siehe weiter unten im Text).

[261]) „... denn es ist etwas ganz anderes, sich einen Sühneversuch gefallen zu lassen, oder sich einem Rechtsentscheide unterziehen zu wollen", J. Treichler, Handbuch des zürch. Civilprozesses, Bd. I, S. 361, Nr. 4.

[262]) ZPO. Schaffhausen, § 111: „Als stillschweigende Vereinbarung wird es angesehen, wenn der Beklagte sich auf die vor unzuständigem Gerichte erhobene Klage ohne Einsprache gegen den Gerichtsstand einläßt. Dagegen schließt das Eintreten auf die Klage vor dem Friedensrichteramt die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts nicht aus". ZPO. Thurgau, § 19, Abs. 3: „... Das Eintreten auf die Vermittlungsverhandlung vor dem Friedensrichter übt jedoch diese Wirkung nicht aus". ZPO. Zürich, § 17, Abs. 1: „... Dagegen schließt das Eintreten auf die Klage vor dem Friedensrichteramt die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes nicht aus". — Aehnlich ist die Praxis in anderen Kantonen. Vergl. z. B. G. Keller, Die neue Zivilprozeßordnung für den Kt. Aargau, 1913, S. 77, und Leuch, a. a. O., S. 38 (Kanton Bern.).

mittleramt eine Anerkennung der Zuständigkeit.[263]) Uebereinstimmung herrscht dagegen in der Hinsicht, daß das Ausbleiben des Beklagten vor Gericht nicht als stillschweigende Anerkennung der Zuständigkeit aufgefaßt werden darf.[264]) Die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit kann daher grundsätzlich noch in der zweiten Instanz geltend gemacht werden, wenn das Gericht erster Instanz seine Zuständigkeit, die es im Falle des Nichterscheinens des Beklagten von Amts wegen prüfen muß, bejaht hat.[265])

Einen ganz neuartigen Zuständigkeitsgrund kennt die zürcherische Zivilprozeßordnung, die in § 17, Abs. 2, bestimmt: „Wird die Einrede der Unzuständigkeit vom Gerichte verworfen und der Entscheid nicht an die zweite Instanz weitergezogen, so gilt die Zuständigkeit des Gerichts als anerkannt".[266]) Es ist offensichtlich, daß in diesem Zuständigkeitsgrund, der aus Zweckmäßigkeitserwägungen durchaus berechtigt erscheinen mag, vollends keine Zuständigkeitsvereinbarung der Parteien erblickt werden kann. Der Beklagte hat die Zuständigkeit des Gerichts ausdrücklich nicht gewollt und sich lediglich nachträglich mit dem seinem Willen entgegengesetzten Entscheid des Gerichts abgefunden, er hat also bestenfalls die Zuständigkeit nachträglich anerkannt. Das Marginale „vereinbarter Gerichtsstand" deckt daher diesen Tatbestand schon gar nicht, — was einmal mehr beweist, zu welch unhaltbaren Konstruktionen die Fiktion der Zuständigkeitsvereinbarung führen kann.

---

[263]) „Hat ein Beklagter sich vor dem vom Kläger angerufenen Gerichtsstande, den Vermittlungsvorstand mit eingerechnet, in den Prozeßgegenstand eingelassen, so wird angenommen, er habe denselben anerkannt...". Das Gleiche gilt laut O. Schnyder, a. a. O., S. 62, Anm. 1 zu Art. 51, auch für den Kanton Luzern.

[264]) Vergl. auch H. Sträuli, Komm. zur zürch. ZPO., S. 21, Anm. 2 zu § 17.

[265]) Vergl. Bl. ZR. 26, Nr. 185.

[266]) Schon unter der alten zürcherischen Prozeßordnung bestand eine entsprechende Praxis. Vergl. H. Weisflog, Neuerungen der am 1. Juli 1913 in Kraft tretenden Zürcherischen Zivilprozeßordnung gegenüber dem bisherigen Rechte, Zürich 1913. S. 6.

Die Prorogation im Hinblick auf die verfassungsmäßige Garantie des Wohnsitzrichters (B.V. Art. 59).

Art. 59 der schweizerischen Bundesverfassung garantiert dem aufrechtstehenden Schuldner den Gerichtsstand seines Wohnsitzes.[267]) Auf diese Garantie kann nun aber der Schuldner unbestrittenermaßen verzichten. Die hauptsächliche Erscheinungsform dieses Verzichtes ist die Prorogation, nämlich die Vereinbarung eines anderen als des Wohnsitzgerichtes. Das Bundesgericht kommt daher häufig in die Lage zu prüfen, ob eine rechtswirksame Prorogation vorliegt. Zum besseren Verständnis der Stellungsnahme des Bundesgerichts in dieser Frage erscheint ein Hinweis auf die Bedeutung der verfassungsmäßigen Garantie des Wohnsitzrichters unerläßlich.

Schon das Recht der ältesten eidgenössischen Bünde kannte den Grundsatz, daß in bürgerlichen Streitigkeiten der Gläubiger den Schuldner nur am Gerichte seines Wohnortes belangen dürfe.[268]) Im interkantonalen Konkordat vom Jahre 1804 finden wir die Bestimmung, daß der „seßhafte aufrechtstehende Schuldner" vor seinem „natürlichen" Richter, d. i. aber vor dem Richter seines Wohnortes, gesucht werden müsse.[269]) Dieser Grundsatz fand als Art. 50 in die Bundesverfassung des Jahres 1848 Aufnahme. Darüber hinaus bestimmte Art. 50, daß für Forderungen auf das Vermögen eines aufrechtstehenden Schuldners außerhalb des Kantons, in dem er wohnte, kein Arrest gelegt werden dürfe. Die Erfahrung hatte nämlich gelehrt, daß auf dem Umweg über den Arrest die Garantie des Wohnsitzrichters illusorisch gemacht werden konnte.[270]) Die Bundesverfassung des Jahres 1874 ging insofern noch einen Schritt weiter, als sie den Gerichtsstand des Wohnsitzes nicht mehr

---

[267]) Vergl. das auch heute noch grundlegende Werk von Ernest Roguin, l'article 59 de la Constitution Fédérale, Lausanne 1880, ferner auch A. Schoch, Art. 59 der Schweiz. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, betr. den Schutz des Schuldners beim Richter seines Wohnorts, Zürich 1882.

[268]) Vergl. Blumer-Morel, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, 1891, Bd. I, S. 523/24; Schurter und Fritzsche, a. a. O., Bd. I, S. 29 ff.; Roguin, a. a. O., S. 5 ff.; Schoch, a. a. O., S. 1 ff.

[269]) Vergl. Blumer-Morel, a. a. O., I. S. 525; Schurter und Fritzsche, a. a. O., I, S. 185.

[270]) Vergl. Blumer-Morel, a. a. O., S. 526; Roguin, a. a. O., S. 7; Schurter und Fritzsche, a. a. O., I, S. 54 ff.

nur dem aufrechtstehenden schweizerischen, sondern jedem aufrechtstehenden Schuldner, also auch dem Ausländer zubilligte, sofern dieser nur einen festen Wohnsitz in der Schweiz hat. Immerhin behält Abs. 2 des Art. 59 mit Bezug auf Ausländer die Bestimmungen diesbezüglicher Staatsverträge vor.[271])

Art. 59 der Bundesverfassung lautet:

„Der aufrechtstehende Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, muß für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht und es darf daher für Forderungen auf das Vermögen eines solchen außer dem Kanton, in welchem er wohnt, kein Arrest gelegt werden.

Vorbehalten bleiben mit Bezug auf Ausländer die Bestimmungen bezüglicher Staatsverträge.

Der Schuldverhaft ist abgeschafft."

Danach bezieht sich die Garantie des Wohnsitzrichters in persönlicher Hinsicht auf den „aufrechtstehenden" Schuldner. Der Schuldner steht aufrecht, solange er zahlungsfähig ist („solvable", wie es im französischen Text von BV. 59 heißt). Die Vermutung spricht für die Zahlungsfähigkeit.[272]) Den natürlichen Personen werden die juristischen Personen und die mit prozessualer Parteifähigkeit ausgestatteten Gesellschaften des Handelsrechts gleichgestellt.[273]) Zwischen Schweizern und Ausländern wird nicht unterschieden.[274]) Erforderlich ist lediglich, daß der Schuldner in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat. Der Wohnsitzbegriff ist laut ständiger bundesgerichtlicher Praxis derjenige des Zivilrechts (ZGB. Art. 23).[275]) Maßgebend ist der Wohnsitz zur Zeit der „Anhängigkeit" der Klage. Mit welchem Augenblick diese begründet ist, ob z. B. schon mit der Anrufung des Sühnebeamten oder erst mit der Einreichung der Weisung beim Gericht, ist eine prozessuale Frage, deren Regelung den kantonalen Prozeßordnungen vorbehalten bleibt.[276]) Eine Verlegung des Wohnsitzes nach Anhängigkeit des Prozesses bleibt unbe-

[271]) So kann beispielsweise gemäß Art. 1 des Gerichtsstandsvertrages zwischen der Schweiz und Frankreich vom Jahre 1869 ein in der Schweiz wohnhafter Franzose von einem andern Franzosen unbeschadet BV. 59 vor einem französischen Gericht belangt werden.

[272]) Vergl. Burckhardt, Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., 1931, S. 542/43.

[273]) Vergl. BGE. 53, I, S. 127; Roguin, a. a. O., S. 16.

[274]) Vergl. BGE. 25, I, S. 92, 40, I, S. 92.

[275]) Vergl. Burckhardt, a. a. O., S. 540.

[276]) Vergl. BGE. 10, S. 38 ff., und S. 51/52, 20, S. 775, 48, I, S. 196, Praxis BG. 11, Nr. 37, ebenso Schoch, a. a. O., S. 19.

achtlich, da sonst die Gefahr des absichtlichen Wohnsitzwechsels bestände.[277])

In materieller Hinsicht beschränkt sich Art. 59 BV. auf „persönliche Ansprachen". Darunter versteht man übereinstimmend die privatrechtlichen actiones in personam.[278]) Nicht als persönliche Ansprüche im Sinne von BV. 59 gelten insbesondere die familien- und erbrechtlichen Ansprüche, die dinglichen Rechte und die pfandrechtlich versicherten Forderungen.[279]) Dagegen zählt das Bundesgericht aus praktischen Gründen, wie wir in anderem Zusammenhange bereits gesehen haben, den Anspruch auf Bildung eines Schiedsgericht zu den persönlichen Ansprüchen im Sinne von BV. 59.[280])

Eine besondere Bedeutung kommt dem räumlichen Geltungsbereich des Art. 59 zu. Nachdem dies früher gelegentlich bestritten wurde,[281]) ist man heute wohl einmütig der Auffassung, daß Art. 59 BV. nur interkantonale Bedeutung zukommt. Dafür sprechen insbesondere die historische Entwicklung[282]) sowie der Wortlaut des Art. 59, indem sich das Arrestverbot lediglich auf andere Kantone als den Wohnsitzkanton bezieht, dies aber in gleicher Weise auch für die Garantie des Wohnsitzgerichtes gelten muß, da das Arrestverbot in Art. 59 als eine Folge („und

---

[277]) „Diese strenge, dem Rekurrenten ungünstige Auslegung des Begriffs der Einlassung ist im vorliegenden Fall um so gerechtfertigter, als auf Grund der Akten wohl angenommen werden muß, daß der Rekurrent einzig zu dem Zwecke Beckenried verlassen hat und seinen neuen Aufenthalt seitdem öfter wechselte, weil er sich so der drohenden Paternitätsklage zu entziehen hoffte. Wo aber der Verdacht der Paternitätsflüchtigkeit besteht, hat das Bundesgericht es mit der Erfüllung der Requisite der Gerichtsstandsgarantie regelmäßig besonders streng genommen", BGE. 20, S. 775.

[278]) Vergl. Burckhardt, a. a. O., S. 548, sowie BGE. 23, I, S. 29, 29, I, S. 48. Insbesondere erstreckt sich Art. 59 nicht auf Ansprüche öffentlichrechtlicher Natur wie Steuerforderungen usw. Vergl. BGE. 22, S. 332, 25, I, S. 428. — Für die Beschränkung auf persönliche Ansprüche spricht schon die Bezeichnung „Schuldner". Schurter und Fritzsche weisen darauf hin, daß schon das Konkordat vom Jahre 1804 durch die Bezeichnung des Beklagten als „Schuldner" die Gerichtsstandsgarantie auf die Verfolgung persönlicher Verpflichtungen eingeschränkt habe, a. a. O., I, S. 437.

[279]) Diese Aufzählung findet sich auch im Vertrag mit Oesterreich über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen vom 15. März 1927, Art. 2, Abs. 2 (Amtl. Sammlung, Bd. 45, S. 29 ff.). Vergl. auch Burckhardt, a. a. O., S. 548/51.

[280]) Vergl. auch Burckhardt, a. a. O., S. 555; A. Affolter, Die individuellen Rechte nach der bundesgerichtlichen Praxis, 1915, S. 35.

[281]) Insbesondere von A. Heusler, Das forum contractus und das schweizerische Bundesrecht, ZSR. a. F. 21, S. 59, und von Schoch, a. a. O., S. 27.

[282]) So erblickte Roguin den historischen Grund für die Garantie des Wohnsitzrichters im gegenseitigen Mißtrauen der Kantone. Vergl. sein Referat anläßlich der Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 1898, ZSR. n. F. 17, S. 699. Im gleichen Sinne auch Schurter und Fritzsche, a. a. O., I, S. 438, und Burckhardt, a. a. O., S. 541.

daher") der Garantie des Wohnsitzrichters erscheint.[283]) Danach wird Art. 59 nicht verletzt und kann das Bundesgericht also nicht angerufen werden, wenn der Schuldner zwar nicht vor dem Gerichte seines Wohnortes, aber doch vor einem Gerichte des Kantons, in dem sein Wohnort sich befindet, gesucht wird.[284]) „Die verfassungsrechtliche Garantie hindert danach die Kantone nicht, für persönliche Ansprachen dem aufrechtstehenden Schuldner in seinem Wohnsitzkanton einen andern als den Wohnsitzgerichtsstand vorzuschreiben."[285]) Dagegen gilt Art. 59 grundsätzlich auch Urteilen ausländischer Gerichte gegenüber, insofern diese wenigstens in der Schweiz vollstreckt werden sollen; denn auch diese Gerichte befinden sich ja „außer dem Kanton", in dem der Schuldner wohnt.[286])

Es ergibt sich somit, daß Art. 59 BV. keine eigentliche Gerichtsstandsnorm darstellt. Art. 59 begründet kein Forum.[287]) Das Bundesgericht selber hat wiederholt ausgeführt, daß Art. 59 keine positive Gerichtsstandsvorschrift enthalte, sondern lediglich eine „interkantonale Konfliktsnorm" darstelle.[288]) Würde Art. 59 einen bundesrechtlichen Gerichtsstand begründen, dann müßten sich beide Parteien, der Kläger wie der Beklagte, auf ihn berufen dürfen. Tatsächlich kann sich aber nur die eine Partei, nämlich der Schuldner, auf Art. 59 berufen. Der Sinn des Art. 59 muß demnach ein anderer sein als der, einen Gerichtsstand zu begründen.

Art. 59 BV gehört zu den sogenannten Individualrechten der Bundesverfassung wie die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Pressefreiheit usw. Er begründet ein subjektives verfassungsmäßiges Recht des Bürgers darauf, daß er unter bestimmten, in der Verfassung selbst umschriebenen Voraussetzungen vor keinem außerhalb seines Wohnsitz-

---

[283]) Vergl. Schurter und Fritzsche, a. a. O., I, S. 438; Burckhard, a. a. O., S. 541; J. Schollenberger, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 1905, S. 429/30; Blumer-Morel, a. a. O., S. 530; Affolter, a. a. O., S. 31. Vergl. auch BGE. 58, I, S. 233.

[284]) Vergl. Ganzoni, Korreferat zu Roguin anläßlich der Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1898, ZSR. n. F. 17, S. 744. Roguin führt zur Rechtfertigung des interkantonalen Charakters von Art. 59 auch noch die Tatsache an, daß innerhalb desselben Kantonsgebiets der gleiche Rechtschutz gelte und über allen Gerichten eine gemeinsame oberste Instanz bestehe, a. a. O., S. 79.

[285]) Schurter und Fritzsche, a. a. O., I, S. 439.

[286]) Vergl. BGE. 25, I, S. 93, 57, I, S. 24, 58, I, S. 305, sowie Schoch, a. a. O., S. 19, Roguin, l'art. 59, S. 89.

[287]) Vergl. Ganzoni, a. a. O., S. 744.

[288]) BGE. 36, I, S. 597. Vergl. auch BGE. 7, S. 679, 15, S. 100, 36, I, S. 597, 51, I, S. 419, 57, II, S. 548, ferner Schurter und Fritzsche, a. a. O., I, S. 440, sowie Affolter, der den Inhalt des Art. 59 als „eine Abgrenzung der Ziviljustizhoheit der Kantone gegen einander bezüglich der persönlichen Ansprachen" bezeichnet, a. a. O., S. 31.

kantons gelegenen Gericht belangt werde. Die Bundesverfassung schützt den aufrechtstehenden Schuldner vor Uebergriffen einer außerkantonalen Justizhoheit. Aus diesem Charakter des Art. 59 ergibt sich die bedeutsame Schlußfolgerung, daß sich nur der Schuldner auf Art. 59 berufen kann, niemals aber der Gläubiger, dem dieser Verfassungsartikel keinerlei Recht einräumt. Der Gläubiger kann das Bundesgericht insbesondere nicht mit der Behauptung anrufen, das kantonale Gericht habe sich für unzuständig erklärt, weil es den Tatbestand des Art. 59 BV. zu Unrecht für gegeben erachtet habe. „Nun ist aber über jeden Zweifel erhaben — und es ergibt sich dies sowohl aus dem Wortlaut als aus der Vorgeschichte des Art. 59 BV. — daß mit dieser Verfassungsbestimmung nur der Schutz des Beklagten, nicht auch derjenige des Klägers bezweckt wurde. Letzterer kann daher aus demselben weder ein Recht zur Geltendmachung einer persönlichen Ansprache beim Wohnsitzrichter des Beklagten noch ein Recht zur Geltendmachung nichtpersönlicher Ansprachen bei einem andern Richter ableiten... Ein verfassungsmäßiges Recht bzw. Individualrecht kann aber aus einer Verfassungsbestimmung naturgemäß nur von demjenigen hergeleitet werden, zu dessen Schutz dieselbe aufgestellt wurde, nicht auch von demjenigen, der behauptet, es sei dieser Schutz zugunsten eines andern zu weit ausgedehnt worden." (BGE. 36, I, S. 250 51.)[289])

Da Art. 59 BV. ein individuelles Recht garantiert, ist das Rechtsmittel, das dem Schuldner gegen die Verletzung desselben zur Verfügung steht, nicht die Berufung, sondern der staatsrechtliche Rekurs (BV. Art. 113, Abs. 1, Ziff. 3 und BG. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege Art. 178). Daher muß der beklagte Schuldner nach feststehender bundesgerichtlicher Praxis nicht die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges abwarten, sondern kann das Bundesgericht gegenüber jeder richterlichen Verfügung in einem hängigen Verfahren, also bereits gegenüber der bloßen Vorladung vor den außerkantonalen Richter anrufen.[290]) Andererseits braucht der Beklagte den staatsrechtlichen Rekurs nicht schon bei der Vorladung vor den unzuständigen Richter ergreifen, sondern kann, sofern er sich nicht einläßt, ruhig das Urteil abwarten und sich erst dem Vollstreckungsbegehren gegenüber auf Art. 59 BV. berufen, selbst wenn inzwischen die 30tägige Rekursfrist laut Art. 178, Ziff. 3 des Organisationsgesetzes abgelaufen ist.[291])

[289]) Vergl. auch BGE. 15, S. 100, 23, I, S. 106, 36, I, S. 251, ferner Schoch, a. a. O., S. 14, und Burckhardt, a. a. O., S. 540.

[290]) Vergl. BGE. 29, I, S. 303, 33, I, S. 737, 46, I, S. 247, 47, I, S. 79, 51, I, S. 49.

[291]) Vergl. BGE. 19, S. 29, 25, I, S. 336, sowie Burckhardt, a. a. O., S. 564.

Als auf Grund von Art. 49 b des BG. über die eidg. Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928 der Art. 87 des Organisationsgesetzes betreffend die Bundesrechtspflege den Zusatz erhielt, daß das Mittel der zivilrechtlichen Beschwerde auch „wegen Verletzung von Gerichtsstandsbestimmungen des eidgenössischen Rechts" (Ziff. 3) ergriffen werden könne, erhob sich die Frage, ob dies auch für Art. 59 BV. gelte. Diese Frage muß verneint werden. Art. 59 BV. enthält, wie wir gesehen haben, keine Gerichtsstandsbestimmung, während die neue Ziffer 3 von OG. Art. 87 die Verletzung solcher Gerichtsstandsbestimmungen im Auge hat, weil diese sich „ihrer Natur nach besser für die Beurteilung durch das Bundesgericht als Zivilgericht denn als Staatsgericht" eignen.[292]) Diesen Standpunkt nimmt in konstanter Praxis auch das Bundesgericht ein, das den Zweck der Novelle vom Jahre 1921 in der Schaffung einer eidgenössischen Beschwerdeinstanz gegen die Verletzung „von durch die Bundesgesetzgebung gewährleisteten gesetzlichen Gerichtsständen des eidgenössischen Rechts" erblickt.[293]) Daß OG. 87, Ziffer 3, nicht auf BV. 59 anwendbar sein kann, ergibt sich auch daraus, daß die zivilrechtliche Beschwerde gemäß OG. 87 nur gegenüber letztinstanzlichen, der Berufung nicht unterliegenden kantonalen Entscheiden in Zivilsachen gegeben ist. Es kann aber nicht die Meinung haben, daß ein Beklagter, bevor er die Unzuständigkeit eines Gerichtes geltend macht, zuerst abwarten muß, bis der Prozeß alle kantonalen Instanzen durchlaufen hat.[294]) Eine Verletzung des Art. 59 BV. kann demnach nach wie vor einzig mit dem staatsrechtlichen Rekurs, der ja speziell zum Schutze der verfassungsmäßig garantierten Individualrechte gegeben worden ist, angefochten werden.

Nun ist allerdings noch zu bemerken, daß die Bedeutung der verfassungsmäßigen Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes erheblich nachgelassen hat. Schon von jeher blieben einige vom Wohnsitzgericht abweichende Gerichtsstände unbeschadet BV. 59 rechtswirksam, so insbesondere die Gerichtsstände der geschäftlichen Niederlassung[295]), der

[292]) Vergl. die Botschaft des Bundesrats zum Entwurf eines BG. über die eidg. Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege, Schweiz. Bundesblatt 1925, II, S. 272.

[293]) BGE. 57, II, S. 114. Vergl. auch BGE. 56, I, S. 87, II, S. 387, 57, II, S. 115, S. 135 und S. 548.

[294]) Vergl. BGE. 56, I, S. 87.

[295]) Vergl. Affolter, a. a. O., S. 33, sowie die Botschaft des Bundesrates zum Abkommen mit dem Deutschen Reich über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen vom 9. Dezember 1929, B. Bl. 1929, III, S. 534, wo die bundesgerichtliche Praxis zu BV. 59 ausgeführt ist.

Widerklage[296]), der Provokation[297]) und des domizilierten Wechsels.[298]) Darüber hinaus ist Art. 59 BV. im Laufe der Zeit auch sonst abgebröckelt, indem die Privatrechtsgesetzgebung des Bundes „ein unaufhaltsames Anschwellen des einheitlichen Gerichtsstandsrechts" aufweist und das ZGB. „mit seinen personen-, familien- und erbrechtlichen Fora bereits die Vorstufe einer systematischen eidgenössischen Gerichtsstandsordnung bildet".[299]) Der Geltungsbereich des Art. 59 hat sich stark verengert.

Soviel über die Rechtsnatur und die allgemeine Bedeutung von BV. Art. 59. Von dieser Grundlage aus ist nun die Frage zu prüfen, inwieweit der verfassungsmäßig garantierte Gerichtsstand des Wohnsitzes durch Prorogation rechtswirksam beiseite geschoben werden kann. Art. 59 begründet, wie wir gesehen haben, keinen Gerichtsstand, sondern ein einseitiges Individualrecht. An der Wahrung dieses Rechts besteht ein öffentliches Interesse aber nur insoweit, als dem Schuldner der Gerichtsstand seines Wohnsitzes nicht g e g e n seinen Willen entzogen werden soll. „D'une manière générale, l'article 59 ... n'a jamais été interprété comme tellement d'ordre public que le débiteur ne puisse pas renoncer à s'en prévaloir."[300]) Rechtswissenschaft und Rechtsprechung sind seit jeher darin einig gewesen, daß der Schuldner rechtswirksam auf die Garantie des Art. 59 verzichten kann,[301]) aber ebenso steht fest, daß man es mit der Annahme eines solchen Verzichtes nicht leicht nehmen darf.[302]) Unter diesem Gesichtswinkel ist die Praxis des Bundesgerichts in bezug auf den Hauptanwendungsfall des Verzichts auf BV. 59, die Prorogation auf ein anderes Gericht als dasjenige des Wohnsitzes des Schuldners, zu würdigen.

Als oberster Grundsatz gilt, daß nur dann Prorogation und damit eben ein Verzicht auf BV. 59 angenommen werden darf, wenn sich der

[296]) Ibid. Erforderlich ist jedoch, daß die Widerklage in Konnexität mit der Hauptklage steht und lediglich als Verteidigung gegen dieselbe, als „défense" und nicht als „demande additionelle", erscheint. Vergl. Praxis BG. 10, Nr. 99, 21, Nr. 136, BGE. 6, S. 536, 18, S. 658, 58, I, S. 167 ff., sowie R o g u i n, a. a. O., S. 143 ff. und S c h o c h, a. a. O., S. 164, und v o n W y s s, a. a. O., S. 47/48.

[297]) Die Provokation ist in Wahrheit nur eine „Fristansetzung zum Hauptprozesse", in welchem der Provokationsbeklagte zum Kläger wird und sich daher nicht auf BV. 59 berufen kann. Vergl. E. C u r t i, Sämtl. Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichts, Bd. I, 1901, Nr. 536, S. 175. Vergl. auch A f f o l t e r, a. a. O., S. 35.

[298]) Vergl. B u r c k h a r d, a. a. O., S. 561; B l u m e r - M o r e l, a. a. O., I, S. 558.

[299]) S c h u r t e r und F r i t z s c h e, a. a. O., I, S. 455. Vergl. auch B u r c k h a r d t, a. a. O., S. 540, und S c h o l l e n b e r g e r, a. a. O., S. 433.

[300]) R o g u i n, L'article 59, S. 33, sowie auch S. 11.

[301]) Neben R o g u i n auch S c h o c h, a. a. O., S. 30 ff.; B u r c k h a r d t, a. a. O., S. 560; A f f o l t e r, a. a. O., S. 35, ferner BGE. 3, S. 215, 17, S. 30, 26, I, S. 185, 45, I, S. 46.

[302]) Vergl. BGE. 33, I, S. 737, 45, I, S. 46.

Wille zu prorogieren aus den Umständen klar und deutlich ergibt. Dieser Wille kann ausdrücklich oder stillschweigend kundgegeben werden, immer aber muß er sich „aus dem ganzen Inhalt des Vertragsverhältnisses in zwingend schlüssiger Weise" ergeben.[303]) Im Zweifel ist kein Verzicht auf BV. 59 anzunehmen, und es darf die Prorogationsabrede daher nicht extensiv interpretiert werden.[304]). Im übrigen ist die Frage, ob ein Verzicht vorliegt, nach den konkreten Tatumständen, unter Berücksichtigung auch eines etwaigen Ortsgebrauches, kaufmännischer Gepflogenheiten usw. zu entscheiden.[305]) Aus der Kasuistik des Bundesgerichts seien hier nur einige Beispiele aufgeführt:

Das Bundesgericht hat es wiederholt abgelehnt, in der Verabredung eines Erfüllungsortes ohne weiteres auch eine Zuständigkeitsvereinbarung zu erblicken.[306]) Die Verabredung eines Vertragsdomizils hat das Bundesgericht nur dort als Zuständigkeitsvereinbarung ausgelegt, wo eine solche Verabredung, wie im französischen Recht und teilweise in den westschweizerischen Prozeßordnungen, den Sinn hat, eine neue Zuständigkeit zu schaffen.[307]) Auch die Vereinbarung eines Zahlungsortes bedeutet an sich noch keine Prorogation.[308]) Ein besonders scharfes Auge hat das Bundesgericht für Gerichtsstandsklauseln auf Bestellscheinen usw. Im Stillschweigen gegenüber einer Faktura, die einen Gerichtsstandsvermerk trägt, liegt nach der Auffassung des Bundesgerichts noch keine Prorogation, weil die Faktura keinen Bestandteil des Vertrages bildet.[309]) Das Gleiche gilt für Gerichtsstandsklauseln in Auftragsbestätigungen.[310]) Verschiedentlich hat das Bundesgericht Klauseln deshalb nicht als Vereinbarung eines Gerichtsstandes anerkannt, weil sie zu wenig eindeutig waren („insuffisamment claire et précise pour qu'on puisse y voir une renonciation au for constitutionnel du domicile")[311]) oder ihr Sinn „nicht sofort und absolut einleuchtend" war.[312]) Eine von der Ehefrau in einem Vertrag getroffene Prorogation hat das Bundesgericht als eine für den Ehemann unverbindliche Nebenverabredung bezeichnet, obwohl die Ehefrau im übrigen ihre Schlüsselgewalt nicht über-

[303]) BGE. 34, I, S. 267. Vergl. auch BGE. 3, S. 625, 36, I, S. 597 ff., 46, I, S. 247, 48, I, S. 93, 49, I, S. 552, sowie Roguin, L'article 59, S. 36, Anm. 2.
[304]) Vergl. BGE. 26, I, S. 185, 43, II, S. 733, sowie Schoch, a. a. O., S. 35.
[305]) Vergl. BGE. 23, II, S. 1584, 36, I, S. 601, 57, I, S. 10 ff.
[306]) Vergl. BGE. 26, I, S. 442, 33, I, S. 737, 34, I, S. 267.
[307]) Vergl. BGE. 32, I, S. 647, sowie Burckhardt, a. a. O., S. 561.
[308]) Vergl. BGE. 25, I, S. 330, 26, I, S. 442, 33, I, S. 737, 34, I, S. 267.
[309]) Vergl. BGE. 23, II, S. 1854, 26, I, S. 443.
[310]) Vergl. BGE. 45, I, S. 377 ff.
[311]) BGE. 52, I, S. 269.
[312]) BGE. 34, I, S. 58/59.

schritten hatte.[313]) Mit ganz besonderem Mißtrauen prüft das Bundesgericht die Gültigkeit von Gerichtsstandsklauseln immer dann, wenn diese Personen gegenüber geltend gemacht werden, die juristisch ungebildet sind und die solche, vielfach möglichst unauffällig angebrachte Klauseln regelmäßig gar nicht beachten, oder sie, weil sie etwa in einer ihnen nicht geläufigen Sprache abgefaßt sind, nicht verstehen. Hier empfindet das Bundesgericht die Erwirkung der Prorogation häufig als gegen die guten Sitten verstoßend oder gar als Betrug.[314])

Aus dieser wachsamen Haltung heraus erklärt sich auch die Stellungnahme des Bundesgerichts zur Frage, inwieweit in der vorbehaltlosen Einlassung des Schuldners auf einen Prozeß eine stillschweigende Prorogation und damit ein Verzicht auf den Gerichtsstand des Wohnsitzes zu erblicken ist. Da es das Bundesgericht mit der Annahme eines Verzichtes auf BV. 59 nicht leicht nimmt und nicht leicht nehmen darf, kann es Prorogation nur dann annehmen, wenn sich in der Einlassung tatsächlich der Wille zum prorogieren offenbart. Für die Fiktion einer Zuständigkeitsvereinbarung ist im Rahmen des Art. 59 BV. kein Platz; denn die Fiktion nimmt den Prorogationswillen gerade dort an, wo er in Wahrheit nicht vorhanden ist. Den spezifischen Zwecken der Zivilprozeßordnung mag diese Fiktion förderlich sein und daher berechtigt erscheinen, dem verfassungsmäßig garantierten Individualrecht des Art. 59 BV. schlägt die Fiktion einer Zuständigkeitsvereinbarung, also eines Verzichtes auf dieses Recht, ins Gesicht. Mit aller wünschenswerten Schärfe hat es das Bundesgericht daher zurückgewiesen, in jeder vorbehaltlosen Einlassung auf einen Prozeß ohne weiteres eine Prorogation zu erblicken, und zwar auch dort, wo das kantonale Prozeßrecht den Tatbestand der vorbehaltlosen Einlassung im Sinne des § 39

---

[313]) Vergl. BGE. 50, I, S. 47 ff.

[314]) Vergl. BGE. 58, I, S. 306, ferner auch BGE. 33, I, S. 737, und 36, I, S. 590. — Aus dem Bestreben des Bundesgerichtes heraus, das Publikum vor unreellen Geschäftsleuten zu schützen, läßt es sich wohl erklären, daß das BG. über Handelsreisende vom 4. Oktober 1930 die Prorogation, durch die ein Käufer einem „Kleinreisenden" gegenüber auf seinen ordentlichen Gerichtsstand verzichtet, schlechtweg für nichtig erklärt hat. Der Artikel 11 dieses Gesetzes lautet: „Vereinbarungen mit Kleinreisenden, die beim Aufsuchen von Bestellungen abgeschlossen werden und womit der Käufer auf seinen ordentlichen Gerichtsstand verzichtet, sind nichtig. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu berücksichtigen". Daß diese Bestimmung, wie es in einem bundesgerichtlichen Entscheid heißt, „aus sittenpolizeilichen Gründen zum Schutze des Publikums" (Praxis BGer 20, Nr. 117) erlassen worden ist, ergibt sich sehr deutlich auch aus der diesbezüglichen Botschaft des Bundesrates (B. Bl. 1929, Bd. I, S. 68). Vergl. auch BGE. 58, I, S. 79 und S. 304. Umgekehrt gibt es Bundesgesetze, die im öffentlichen Interesse die Wahl eines Gerichtsstandes zur Pflicht machen, so Art. 8, Abs. 2 des BG. betr. Bau und Betrieb von Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872 und Art. 2, des BG. betreffend Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmungen vom 25. Juni 1885. Vergl. auch Burckhardt, a. a. O., S. 561.

der deutschen ZPO. schlechthin als „Zuständigkeitsvereinbarung" deklariert. „Ein solcher Verzicht (auf BV. 59) wird allerdings nach der Praxis des Bundesgerichts regelmäßig in der vorbehaltlosen Einlassung des Beklagten auf die bei einem nach Art. 59 BV. unzuständigen Richter angebrachte Klage gesehen. Dabei ist es aber nicht entscheidend, ob vom Standpunkt des kantonalen Prozeßrechts aus der Beklagte das Recht verwirkt hat, die Einrede der Inkompetenz vorzubringen, und deshalb — etwa auf Grund einer Fiktion — als solcher behandelt wird, der sich vorbehaltlos auf die Klage eingelassen hat, sondern es beurteilt sich die Frage nach eidgenössischem Recht, und danach muß der Beklagte — ausdrücklich oder stillschweigend, aber unzweideutig — dem Gericht oder der Gegenpartei gegenüber den Willen bekundet haben, vorbehaltlos zur Hauptsache zu verhandeln, damit angenommen werden kann, es liege ein wirklicher Verzicht auf die Garantie des Art. 59 BV. vor." (BGE. 46, I, S. 247.)[315]) Das Mindeste, was das Bundesgericht daher verlangt, bevor es eine Prorogation annimmt, ist, daß sich der Schuldner bewußt war, oder sich doch hätte bewußt sein müssen — eine grobe Nachlässigkeit schützt das Bundesgericht nicht[316]) —, daß ein Verzicht auf den Gerichtsstand des Wohnsitzes in Frage stand.[317]) Hält der Schuldner daher das unzuständige Gericht irrtümlicherweise (wobei der Irrtum allerdings kein grobfahrlässiger sein darf) für zuständig, und läßt er sich nur aus diesem Grunde vorbehaltlos auf den Prozeß ein, so darf darin in konsequenter Anwendung der bundesgerichtlichen Auffassung ein Verzicht auf die Garantie des Art. 59 BV. nicht erblickt werden.

Die Ablehnung der Fiktion einer Zuständigkeitsvereinbarung hat das Bundesgericht veranlaßt, sich vom Begriff der vorbehaltlosen Einlassung, wie ihn die einzelnen Kantone ihren Bedürfnissen entsprechend in verschiedener Weise umschreiben, zu befreien und seinen eigenen Weg zu gehen. Das Bundesgericht hat ausdrücklich erklärt, es sei „nicht gebunden an einen allfälligen Formalbegriff der Prozeßeinlassung, welcher das Prozeßrecht am fraglichen Gerichtsorte beherrscht", sondern habe „in freier Würdigung der gegebenen Verhältnisse darüber zu entscheiden, ob eine Einlassung des Beklagten anzunehmen sei" (BGE. 33, I, S. 90/91). Diese Untersuchung führt nun das Bundesgericht aber nicht nach einem starren Prinzip durch, das dem wirklichen Willen des Be-

[315]) Vergl. auch BGE. 22, S. 941, 34, I, S. 267, 52, I, S. 133, sowie E. Curti, Sammlung sämtlicher Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Bd. I, Nr. 490, S. 163.
[316]) Vergl. BGE. 57, I, S. 10 ff.
[317]) Vergl. BGE. 26, I, S. 185, 33, I, S. 737, 34, I, S. 59.

klagten leicht Gewalt antun könnte, sondern legt ihr den dem Geiste des Art. 59 BV. adäquaten Maßstab von Treu und Glauben im Verkehr zugrunde. Das Bundesgericht bejaht die (verzichtbegründende) Einlassung insbesondere immer dann, „wenn sich der Beklagte gegenüber der beim unzuständigen Gericht eingereichten Klage derart verhalten hat, daß seine nachträgliche Erhebung der Inkompetenzeinrede aus dem Gesichtspunkte der auch für Prozeßrechtsverhältnisse maßgebenden bona fides des Rechtsverkehrs nicht gebilligt werden kann" (BGE. 33, I, S. 90/91).[318]) Daher erblickt das Bundesgericht in der selbst vorbehaltlosen Einlassung vor dem Friedensrichter als Sühnebeamten keine Prorogation, weil es sich hier um ein bloßes Aussöhnungsverfahren handle[319]), und ebensowenig erscheint ihm etwa ein bloßes Gesuch um Erstreckung der Frist für die Klagebeantwortung als Prorogation, weil darin noch keine unzweideutige Bekundung des Willens liege, „vorbehaltlos zur Hauptsache zu verhandeln" (BGE. 35, I, S. 69).[320])

Da das Bundesgericht für die Annahme einer Prorogation eine positive Willenskundgebung des Beklagten, nämlich das Verhandeln zur Hauptsache voraussetzt, darf in einem rein passiven Verhalten des Beklagten der Klage vor dem unzuständigen Richter gegenüber, wie das Bundesgericht in ständiger Praxis ausgeführt hat, niemals ein Verzicht auf den Gerichtstand des Wohnsitzes erblickt werden. „Das Bundesgericht hat wiederholt ausgesprochen, daß derjenige, der mit einer persönlichen Ansprache vor einem nach Art. 59 BV. inkompetenten außerkantonalen Richter belangt wird, nicht verpflichtet ist, sich auf den Prozeß mit irgendwelchen Vorkehren einzulassen, sondern ohne Rechtsnachteil (und ohne daß daraus auf eine Anerkennung des Gerichtsstandes geschlossen werden dürfte) sich der Klage gegenüber gänzlich passiv verhalten darf." (BGE. 34, I, S. 57.)[321]) Der Beklagte ist dem unzuständigen Richter gegenüber zu nichts verpflichtet, also auch nicht zur Bestreitung seiner Zuständigkeit nach den Vorschriften des kantonalen Prozeßrechts.[322]) Danach versteht es sich von selbst, daß das Fernbleiben des Beklagten vom Prozeß (der Kontumazfall) in keinem Fall als Einlassung und da-

[318]) Vergl. auch BGE. 23, II, S. 1578.

[319]) Vergl. BGE. 10, S. 42, und 52, I, S. 134.

[320]) Wie das deutsche und viele kantonale Zivilprozeßrechte, so setzt auch das Bundesgericht die Begriffe des vorbehaltlosen „Verhandelns zur Hauptsache" und der vorbehaltlosen „Einlassung" einander gleich. Vergl. auch BGE. 8, S. 723, 10, S. 42 und 46, I, S. 247.

[321]) Vergl. auch BGE. 34, I, S. 267, 36, I, S. 600, 46, I, S. 247.

[322]) Vergl. BGE. 52, I, S. 133. — „Da die Kompetenzeinrede überhaupt nicht angebracht zu werden braucht, braucht sie auch nicht in der nach kantonalem Prozeßrecht korrekten Form angebracht zu werden", Burckhardt, a. a. O., S. 562.

mit als Verzicht auf die Garantie des Wohnsitzgerichtstandes ausgelegt werden darf.[323])

Die Praxis des Bundesgerichts zu Art. 59 BV. ist von eindrücklicher Folgerichtigkeit und Klarheit. Sie bedeutet einen ununterbrochenen Kampf gegen den Widersinn der fingierten Prorogation. Die Bedeutung dieses Kampfes wird durch die Tatsache nicht beeinträchtigt, daß das Bundesgericht im Grunde gar nicht anders kann, als die fingierte Prorogation abzulehnen, weil es mit der Frage, ob eine Prorogation vorliegt, implicite immer die andere Frage beantworten muß, ob der Schuldner auf den ihm verfassungsmäßig garantierten Gerichtsstand des Wohnsitzes hat verzichten wollen. Auf jeden Fall ist sicher, daß die Praxis des Bundesgerichts zu Art. 59 BV. geeignet erscheint, auf die Gesetzgebung und die Rechtsprechung der Kantone in der Frage der Prorogation eine befruchtende Wirkung auszuüben. So dürfte es kein Zufall sein, daß sich gerade die jüngste Zivilprozeßordnung der Schweiz, nämlich diejenige des Kantons Glarus vom Jahre 1930, in der Ausgestaltung der Zuständigkeitsnormen am stärksten an die bundesgerichtliche Praxis zu Art. 59 BV. angeschlossen und die Fiktion der Zuständigkeitsvereinbarung restlos ausgeschaltet hat. Besonders deutlich läßt sich der Einfluß der bundesgerichtlichen Praxis auf die Rechtsprechung der kantonalen Gerichte erkennen. Als Beispiel hierfür sei ein Entscheid des zürcherischen Obergerichts aus dem Jahre 1928 angeführt. Es heißt dort: „Richtig ist allerdings, daß sich das Bundesgericht nur bei der Auslegung des Art. 59 der BV. über die Bedeutung derartiger Klauseln hat aussprechen müssen, während im vorliegenden Fall die bundesrechtliche Garantie des verfassungsmäßigen Richters keine Rolle spielt. Es ist aber nicht einzusehen, warum die Auslegung, welche derartige Klauseln durch das Bundesgericht erfahren haben, nicht auch dann Geltung haben soll, wenn die kantonalen Gerichte ohne Rücksicht auf die Bestimmung von Art. 59 BV. zu entscheiden haben, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung vorliegt. Die zürcherischen Gerichte haben denn auch in den Fällen, in denen der Beklagte sich nicht auf die Garantie des Art. 59 berufen konnte, die vom Bundesgericht aufgestellten Grundsätze über die Auslegung von Gerichtsstandsvereinbarungen ebenfalls zur Anwendung gebracht" (Bl. ZR. 27, No. 36, S. 62). Man kann zwar gegen diese Auffassung des Obergerichts mit guten Gründen polemisieren. Es ist nämlich sehr wohl einzusehen, warum das Bundesgericht einen viel strengeren Maßstab an die Prüfung von Zuständigkeitsvereinbarungen legen muß als die kantonalen Gerichte (Verzicht auf ein verfassungsmäßiges

[323]) Vergl. BGE. 10, S. 42, 22, S. 941, sowie E. Curti, a. a. O., I, Nr. 490, S. 163.

Individualrecht!), und insbesondere kann man dem Obergericht entgegenhalten, daß der § 17 der zürcherischen ZPO. ja gerade die vom Bundesgericht verpönte Fiktion einer Zuständigkeitsvereinbarung stipuliert. Gleichwohl darf man den Standpunkt des Obergerichts begrüßen, weil aus ihm die Einsicht der Unzulänglichkeit einer solchen Fiktion spricht. Und wenn das zürcherische Obergericht ein Jahr später ganz im Geiste des Bundesgerichts ausgeführt hat, „daß an Gerichtsstandsvereinbarungen ein sehr strenger Maßstab anzulegen sei, und daß ein Verzicht auf das Recht der Beurteilung durch den Richter des Wohnsitzes nur dann angenommen werden dürfe, wenn der Verzicht in unmißverständlicher Weise ausgesprochen sei" (Bl. ZR. 28, No. 145, S. 278/79), — so ist eine solche Praxis zwar mit § 17 der zürcherischen ZPO. schechterdings unvereinbar, aber gerade dadurch wertvoll, daß sie die Unhaltbarkeit dieser Gesetzesbestimmung aufdeckt. Diese Praxis des Obergerichts berechtigt zur Erwartung, daß bei einer künftigen Revision der zürcherischen Zivilprozeßordnung die ominöse Fiktion der Zuständigkeitsvereinbarung fallen wird.

Das Bundesgericht als forum prorogatum.

(Art. 52 des BG. über die Organisation der Bundesrechtspflege.)

Art. 52 des BG. über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG.) vom 22. März 1895 bestimmt auf Grund von BV. Art. 111[324]) in der durch BG. vom 25. Juni 1921 abgeänderten Fassung (die Abänderungen sind nachstehend durch Sperrung kenntlich gemacht):

„Das Bundesgericht ist verpflichtet, die erst- und letztliche Beurteilung anderer als der in den vorhergehenden Artikeln genannten Rechtsfälle, auch wenn es sich nicht um rein zivilrechtliche Streitigkeiten handelt, zu übernehmen: 1. wenn dasselbe von beiden Parteien angerufen wird und der Streitgegenstand einen Hauptwert von mindestens Fr. 10.000.— hat (Art. 111 BV.); 2. ...“

Es handelt sich hier um einen Fall echter Prorogation, nämlich um die Vereinbarung der Zuständigkeit eines bereits bestehenden, aber an sich unzuständigen (resp. noch nicht zuständigen) staatlichen Gerichts und nicht etwa um ein Schiedsgericht.[325]) Das Bundesgericht als solches kann, wie bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt worden ist, nicht als Schiedsgericht fungieren, was es übrigens selber wiederholt ausgesprochen hat. Die Gerichtsbarkeit des Bundesgerichts beruht in den Fällen des Art. 52 OG. eben nicht auf einer Ermächtigung der Parteien, sondern auf Gesetz. Die Rechtsprechung auf Grund dieses Artikels gehört zu den ordentlichen Funktionen des Bundesgerichts. Als forum prorogatum tritt das Bundesgericht „nicht als Schiedsgericht, sondern als ordentliches staatliches Gericht in Funktion, weil die Beurteilung solcher, durch Vereinbarung der Parteien ihm unterbreiteter Prozesse in seinen ordentlichen, durch Bundesverfassung und Organisationsgesetz umschriebenen Kompetenzkreis fällt“ (BGE. 45, III, S. 255),[326])

[324]) BV. Art. 111: „Das Bundesgericht ist verpflichtet, die Beurteilung auch anderer Fälle zu übernehmen, wenn dasselbe von beiden Parteien angerufen wird und der Streitgegenstand von einer durch die Bundesgesetzgebung zu bestimmenden Bedeutung ist“.

[325]) Dabei soll nicht in Abrede gestellt werden, daß sich Art. 52 OG. praktisch dem Schiedsgerichtsgedanken stark nähert. Der französische Berichterstatter im Nationalrat, Evéquoz, bezeichnete daher das Bundesgericht im Falle des Art. 52 OG. als „une sorte de tribunal arbitral“ (stenograph. Bulletin des Nationalrates, 1921, S. 301).

[326]) Vergl. auch BGE. 18, S. 505, 20, S. 864 ff. Ferner Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 432, Anm. 19.

Die prorogierenden Parteien können sowohl private als auch staatliche Behörden und Staatswesen (Kantone) sein. Wie sich aus den Verhandlungen der Bundesversammlung zur Novelle vom Jahre 1921 ergibt, war die Prorogation ans Bundesgericht gerade in Verträgen zwischen der öffentlichen Verwaltung und Privaten (z. B. im Zusammenhang mit Eisenbahnkonzessionen) bevorzugt.[327])

Aus dem Text des Gesetzes ergibt sich deutlich, daß das Bundesgericht als forum prorogatum erst- und letztinstanzlich urteilt. Das heißt, daß das Bundesgericht im Falle Art. 52 OG nur unmittelbar angerufen werden darf, derart, daß nur das Bundesgericht allein sich mit der Streitsache befaßt. Es ist also nicht zulässig, in einem bereits hängigen Rechtsstreit auf das Bundesgericht zu prorogieren. Diese letztere Möglichkeit kann nur das kantonale Zivilprozeßrecht vorsehen, indem es, was ja, wie wir gesehen haben, recht häufig der Fall ist, die Umgehung einer kantonalen Instanz gestattet. Wo eine kantonale ZPO. dies aber vorsieht, handelt das Bundesgericht nicht als forum prorogatum, sondern als Berufungsinstanz. In seiner früheren Praxis zu Art. 52 OG. ging das Bundesgericht sogar soweit, die Prorogation dort für ausgeschlossen zu erklären, wo eine Berufung ans Bundesgericht möglich war.[328]) Diese Beschränkung ist heute fallen gelassen worden, offenbar weil die Möglichkeit der Berufung ans Bundesgericht durch die Vereinheitlichung des gesamten Zivilrechts derart zugenommen hat, daß bei einem Festhalten an der früheren Praxis für eine Prorogation ans Bundesgericht kaum noch Raum bliebe.[329]) Als erst- und letztinstanzlich urteilendes Gericht unterliegt das Bundesgericht weder der Beschränkung auf das eidgenössische Recht noch der Vorschrift, daß es zur Nachprüfung der Anwendung des kantonalen Prozeßrechts nicht befugt ist, und dies eben aus dem Grunde, daß das Bundesgericht im Falle Art. 52 OG. nicht als Berufungsinstanz fungiert, sondern „an die Stelle der kantonalen Gerichte tritt und sich daher seine Kognition, sofern nur das Streitverhältnis als solches seiner Natur nach in seine Zuständigkeit fällt, auf die Anwendung aller für dessen Beurteilung erheblichen Rechtsnormen, gleichgiltig, ob sie dem eidgenössischen oder kantonalen, dem materiellen oder Prozeßrecht angehören, erstreckt" (BGE. 41, II, S. 308).[330])

Gewisse Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung des sachlichen Geltungsbereiches des Art. 52 OG. Vor der Novelle des Jahres 1921 hat das Bundesgericht in ständiger Praxis daran festgehalten, daß Art. 52

[327]) Vergl. stenogr. Bull. des Ständerats 1921, S. 139 und 148.
[328]) Vergl. BGE. 10, S. 244/45, 18, S. 506.
[329]) Vergl. Burckhardt, a. a. O., S. 764.
[330]) Vergl. auch BGE. 22, S. 1041.

nur zivilrechtliche Streitigkeiten beschlage.[331]) Daß dies in der Tat der Sinn des Gesetzes sein muß, ergibt sich schon aus der systematischen Stellung des Art. 52 im Organisationsgesetz (die Obertitel sind „Zivilrechtspflege" und „Das Bundesgericht als Zivilgerichtsinstanz")[332]) Ob wirklich eine zivilrechtliche Streitfrage vorlag oder nicht, entschied sich dabei nicht nach der Bezeichnung durch die Parteien, sondern ausschließlich nach der inneren Natur der vorgetragenen Streitsache.[333]) Nun hat sich aber der Begriff der „zivilrechtlichen Streitigkeiten" im Laufe der Zeit gewandelt, und zwar im Sinne einer Verengerung. „Die Entwicklung des neueren Verwaltungsrechts hat dahin geführt, daß eine Reihe von Rechtsinstituten, die früher dem Zivilrecht zugeteilt waren, durch die heute maßgebenden Theorien dem öffentlichen Recht zugeschieden werden."[334]) Aus der (wie in der Bundesversammlung nachgewiesen wurde, unbegründeten) Befürchtung heraus, daß unter diesen Umständen es der öffentlichen Verwaltung vielfach unmöglich gemacht werden könnte, ans Bundesgericht zu prorogieren,[335]), hat bei der Beratung der Novelle 1921 das Mitglied des Ständerates Hildebrand den Zusatz beantragt, es solle auch dann ans Bundesgericht prorogiert werden dürfen, wenn es sich „nicht um rein zivilrechtliche Streitigkeiten" handle.[336]) Dieser Antrag wurde, obwohl ihn das Justizdepartement mit guten Gründen bekämpfte, zum Gesetz erhoben. Auf diese Weise ist in Art. 52 OG. ein wenig glücklicher Ausdruck hineingetragen worden. „Welche Streitigkeiten unter diesen neuen Begriff fallen sollen, ist nicht klar."[337]) Der Zusatz Hildebrand fällt übrigens auch insofern aus dem Rahmen der Novelle 1921, als er die Möglichkeiten der Prorogation ans Bundesgericht erhöht, während die Novelle gerade umgekehrt eine Entlastung des Bundesgerichts beabsichtigte.[338]) Für die Interpretation des

[331]) Vergl. BGE. 34, I, S. 385, 41, II, S. 179, 44, II, S. 308.

[332]) Vergl. Schurter und Fritzsche, a. a. O., Bd. I, S. 278.

[333]) Vergl. BGE. 43, II, S. 448.

[334]) Schurter und Fritzsche, a. a. O., Bd. I, S. 277. Vergl. auch Haab, Schweiz. Juristenzeitung, Bd. 18, S. 190.

[335]) So meinte der deutsche Berichterstatter im Ständerat Isler: „...aber das Bundesgericht hat angefangen, sie (gemeint ist die Prorogation) abzulehnen, sobald das Rechtsverhältnis überwiegend staatsrechtlicher Natur ist" (stenograph. Bull. des Ständerats 1921, S. 139).

[336]) Vergl. stenograph. Bull. des Ständerats 1921, S. 147.

[337]) Schurter und Fritzsche, a. a. O., Bd. I, S. 278. In den Verhandlungen der Bundesversammlung kritisierte der damalige Vorsteher des Justizdepartements, Bundesrat Häberlin, scharf die Unzulänglichkeit des vorgeschlagenen Ausdrucks: „...aber es werden mir alle, namentlich die Juristen unter Ihnen, zugeben, daß, wenn das Wort „rein" hereingebracht wird, gewöhnlich etwas Unreines dabei herauskommt" (stenograph. Bull. des Ständerates 1921, S. 148).

[338]) Vergl. stenograph. Bull. des Ständerates 1921, S. 148, sowie des Nationalrates, S. 314.

abgeänderten Art. 52 OG. aber ergibt sich aus der dargestellten Entstehungsgeschichte, daß unter den „nicht rein zivilrechtlichen Streitigkeiten" Grenzfälle zwischen öffentlichem und bürgerlichen Recht zu verstehen sind.[339]) Die Meinung des Gesetzgebers war die, daß das Bundesgericht zu seiner früheren Praxis, d. i. zum älteren umfassenderen Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit zurückkehren sollte.[340]) Im allgemeinen wird sich die Anwendbarkeit von Art. 52 OG. auf vermögensrechtliche Streitigkeiten beschränken, wofür schon die Festsetzung eines Streitwertes spricht.

Eine größere Bedeutung kommt der Prorogation an das Bundesgericht heute indes kaum mehr zu. So lesen wir in der Botschaft des Bundesrates zur Novelle 1921: „Zudem hat die in Art. 52, Ziff. 1, OG. dem Bundesgerichte zugewiesene Kompetenz für das rechtsuchende Publikum heute ohnedies bei weitem nicht mehr die Bedeutung, die ihr früher zugekommen ist. Denn zufolge der nahezu vollständigen Vereinheitlichung des Privatrechtes steht den Parteien die Möglichkeit zu Gebote, die Großzahl dieser Streitigkeiten, die unter der Herrschaft des kantonalen Rechts an sich der Bundesgerichtsbarkeit entzogen waren und ihr nur durch die in Art. 52 OG. enthaltene Spezialbestimmung unterstellt werden konnten, an das Bundesgericht als Berufungsinstanz weiterzuziehen."[341]) Darüber hinaus hat die Novelle die Anwendbarkeit des Art. 52 OG., um das Bundesgericht möglichst zu entlasten, bewußt noch weiter eingeschränkt, indem sie den Streitwert von Fr. 3000.— auf Fr. 10.000.— erhöht hat, was nicht nur mit der Geldentwertung begründet wurde. „Die Erhöhung des Streitwertes und die infolgedessen zu erwartende Verminderung der direkten Prozesse bedeutet für das Bundesgericht eine ganz erhebliche Entlastung, weil es sich bei diesen Prozessen nicht nur mit der Beurteilung der Rechtslage, sondern auch mit der häufig umfangreichen und zeitraubenden Instruktion der Sache zu befassen hat."[342])

---

[339]) Vergl. Stenograph. Bull. des Ständerates 1921, S. 139.

[340]) Vergl. Schurter und Fritzsche, a. a. O., Bd. I, S. 279. Der dort entwickelten Interpretation hat sich auch Burckhardt, a. a. O., S. 764, Anm. 5, angeschlossen.

[341]) Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines BG. betr. Abänderung des BG. über Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, 6. Oktober 1911; B. Bl. 1921, Bd. I, S. 195/96.

[342]) Ibid.

Literaturverzeichnis.

A. Lehrbücher und Kommentare.

Affolter, A.: Die individuellen Rechte nach der bundesgerichtlichen Praxis, 2. Aufl., Bern 1915.

Becker, H.: Obligationenrecht, I. Abt., Kommentar Gmür zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, 1. Aufl., Bern 1917.

Blumer-Morel: Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, 3. Aufl., Bd. I, Basel 1891.

Böckli, O.: Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Thurgau, 1. Aufl., Leipzig und Frauenfeld 1930.

Burckhardt, W.: Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931.

Caflisch, J. B.: Kommentar zur bündnerischen Civilprozeßordnung (vom Jahre 1871), 1. Aufl., Chur 1891.

Egger, A.: Einleitung und Personenrecht, Kommentar Egger zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1930.

Fleiner, F.: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1. Aufl., Tübingen 1922.

— Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928.

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl. Berlin 1913.

Frankenstein, E.: Internationales Privatrecht, Bd. II, 1. Aufl., Berlin 1929.

Goldschmidt, J.: Zivilprozeßrecht, Berlin 1929.

— Der Prozeß als Rechtslage, 1. Aufl., Berlin 1925.

Hafter, E.: Personenrecht, Kommentar Gmür zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Bern 1919.

Hellwig, K.: System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil, 1. Aufl., Leipzig 1912.

Hellwig-Oertmann: System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Teil, 1. Aufl., Leipzig 1919.

Jaeger, C.: Das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Zürich 1911.

Jonas, M.: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 15. Aufl., Berlin 1933/34.

Keller, G.: Die neue Zivilprozeßordnung für den Kanton Aargau, 2. Aufl., Aarau 1913.

Leuch, G.: Gesetz betr. die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, 1. Aufl., Bern 1922.

Meili, Fr.: Das internationale Civilprozeßrecht, 1. Aufl., Zürich 1906.

— Der Civil- und Strafprozeß des Kantons Zürich und des Bundes, 1. Aufl., Bd. I, Zürich 1882.

— Grundriß zu akademischen Vorlesungen über das Civilprozeßrecht des Kantons Zürich und des Bundes, 1. Aufl., Zürich 1888.

Oser H.-Schönenberger: Das Obligationenrecht, Kommentar Egger zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., 1. Halbbd., Zürich 1929.

Rosenberg, L.: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Aufl., Berlin 1927.
Scherrer, J.-Füllemann: Gesetz betr. die Zivilrechtspflege für den Kanton St. Gallen, 1. Aufl., St. Gallen 1902.
Schmidt, R.: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Leipzig 1906.
Schnyder, O.: Gesetz über die Gerichts-Organisation und die Zivil-Prozeß-Ordnung des Kantons Luzern, 1. Aufl., Luzern 1913.
Schollenberger, J.: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 1. Aufl., Berlin 1905.
Schurter und Fritzsche: Das Zivilprozeßrecht der Schweiz. Bd. I: Das Zivilprozeßrecht des Bundes, Zürich 1924. Bd. II, 1. u. 2.: Kantonale Zivilprozeßrechte, Zürich 1931 und 1933.
Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl., München 1932.
Staudinger, J. v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl.
Stein, F. (-Juncker): Grundriß des Deutschen Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 3. Aufl., Tübingen 1928.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 14. Aufl., Tübingen 1928.
Sträuli, H.: Gesetze betr. die Zürcherische Rechtspflege. 1. Teil: Gesetz betr. das Gerichtswesen im allgemeinen (Gerichtsverfassungsgesetz), Zürich 1913. 2. Teil: Gesetz betr. den Zivilprozeß, 1. Aufl., Zürich 1915.
Sydow-Busch-Krantz: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, de Gruyter'sche Sammlung deutscher Gesetze, 20. Aufl., Berlin und Leipzig 1930.
Treichler, J. J.: Handbuch des Zürcherischen Civilprozesses, Bd. I, Zürich 1856.
Tuhr, A. von: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 1. Aufl., Tübingen 1924.
Wach, A.: Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Leipzig 1885.
Weisflog, H.: Neuerungen der am 1. Juli 1913 in Kraft tretenden Zürcherischen Zivilprozeßordnung gegenüber dem bisherigen Rechte, Zürich 1913.
Weissmann, J.: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Aufl., Stuttgart 1903.
Wenger, L.: Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts, 1. Aufl. München 1925.

B. Monographien.

Adam, R.: Die civilprozessuale Zuständigkeitsvereinbarung in geschichtlicher Entwicklung, München 1888.
Amsberg, v.: Prorogatio fori und contumacia, Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 65, S. 59 ff.
Birkmeyer, K.: Das gegenseitige Verhältnis der §§ 38 ff. und § 247, Z. 1, und Abs. 3 der RCPO., Rostock 1889.
— Noch einmal zur Interpretation des § 39, RCPO., Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 5, S. 124 ff.
Bülow, O.: Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, Archiv f. d. zivil. Praxis, Bd. 62, S. 1 ff.
— Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, Archiv f. d. zivil. Praxis, Bd. 64, S. 1 ff.
— Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen, Gießen 1868.

Bunsen, Fr.: Prozeßrechtsgeschäfte, Zeitschr. für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 35, S. 401 ff.
Deybeck, C.: Der Gerichtsstand der Vereinbarung in historischer und dogmatischer Darstellung, Erlangen 1888.
Eckstein, E.: Wirken prozessuale Verträge für oder gegen den Zessionar des materiellen Anspruchs? Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 56, S. 458 ff.
Etter, K.: Der erstinstanzliche prozessuale Vorfragenentscheid im schweizerischen Zivilprozeßrecht, Zürcher Dissertation 1926.
Fehr, E. Das Schiedsgericht in der schweizerischen Zivilprozeß-Gesetzgebung, Zürcher Dissertation 1903.
Fitting, H.: Zur Lehre vom sog. vereinbarten Gerichtsstand nach der Reichs-Civilprozeßordnung, Archiv f. d. zivil. Praxis, Bd. 63, S. 222 ff.
— Ueber die prinzipielle Grundlage des sog. vereinbarten Gerichtsstandes nach der Reichs-Civilprozeßordnung, Zeitschr. f. Dtsch. Zivilprozeß, Bd. 6, S. 253 ff.
Franke, W. Ch.: Forderung und prozessualer Vertrag, Zeitschr. f. Dtsch. Zivilprozeß, Bd. 44, S. 118 ff.
Fritzsche, H.: Die örtliche Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Obligationenrechts, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, n. F., Bd. 44, S. 221a und ff.
— Schiedsgerichte in Zivilsachen nach schweizerischem Recht, Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen in Zivil- und Handelssachen (herausgegeben von A. Nußbaum), Berlin 1926 usf., Bd. II, S. 54 ff.
Grunwald: Vereinbarungen über den Gerichtsstand, Deutsche Juristenzeitung, Bd. 12, Sp. 1143.
Heusler, A.: Das Forum contractus und das schweizerische Bundesrecht, Zeitschr. für Schweizerisches Recht, n. F., Bd. 21, S. 23 ff.
— Prozeßvoraussetzungen und Prozeßeinreden im schweizerischen Zivilprozeßrecht (Fragment), Zeitschr. für Schweizerisches Recht, n. F., Bd. 41, S. 280 ff.
— Der Zivilprozeß in der Schweiz, Mannheim 1923.
Kohler, J.: Gesammelte Beiträge zum Civilprozeß, Berlin 1894.
Oertmann, P.: Schiedsrichter und staaatliches Recht, Zeitschr. f. Dtsch. Zivilprozeß, Bd. 47, S. 105 ff.
— Der vorgängige Rechtsmittelverzicht, Zeitschr. f. Dtsch. Zivilprozeß, Bd. 45, S. 389 ff.
Reatz, C. F.: Der Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung, Gießen 1859.
Renaud, A.: Zur Lehre von der gerichtlichen Zuständigkeit, Zeitschr. f. Dtsch. Zivilprozeß, Bd. 5, S. 1 ff.
Roguin, E.: L'article 59 de la Constitution Fédérale, Lausanne 1880.
— Conflits des lois suisses en matière internationale et intercantonale, Lausanne 1891.
— Y-a-t'il lieu d'édicter une loi sur le for en matière civile, et le cas échéant, de reviser l'article 59 de la Constitution fédérale?, Referat anläßlich der Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins v. J. 1898, Zeitschr. f. Schw. Recht, n. F., Bd. 3, S. 697 ff. Vergl. dort auch das Korreferat von Ganzoni: Soll ein Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Civilsachen erlassen und allfällig Art. 59 B.-V. entsprechend revidiert werden?, S. 735 ff.
Schoch, A.: Artikel 59 der Schweiz. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 betreffend den Schutz des Schuldners beim Richter seines Wohnorts, Zürich 1882.
Schuppisser, O.: Das zivilprozeßrechtliche Schiedsgericht, besonders seine rechtliche Struktur, Berner Dissertation 1922.

Sperl, H.: Vereinbarung der Zuständigkeit und Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach dem neuesten österreichischen Civilprozeßrecht, Graz 1897.
Suter, H. R.: Der Schiedsvertrag nach schweizerischem Zivilprozeßrecht, Zeitschr. f. Schw. Recht, n. F., Bd. 47, S. 8 ff.
Trutter, J.: Besprechung der Sperl'schen Abhandlung, Zeitschr. f. Dtsch. Zivilprozeß, Bd. 24, S. 273 ff.
Wach, A.: Das Prinzip des gewillkürten Gerichtsstandes, Dekanatsrede 1879, Archiv f. d. zivil. Praxis, Bd. 62, S. 373 ff.
Walsmann, H.: Der Irrtum im Prozeßrecht, Archiv f. d. zivil. Praxis, Bd. 102, S. 1 ff.
Wlassak, M.: Römische Prozeßgesetze, Bd. I, Leipzig 1888.
Wyss, C. von: Die Widerklage mit besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Zivilprozeßgesetze, Zürcher Dissertation 1906.

C. Zeitschriften und Gerichtsentscheide.

Archiv für die zivilistische Praxis, Berlin.
Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich.
Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts.
Curti, E.: Sämtliche Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts.
Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen in Zivil- und Handelssachen, herausgegeben von A. Nußbaum, Berlin.
Schweizerische Juristenzeitung.
Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß.
Zeitschrift für Schweizerisches Recht.

Curriculum vitae

Am 24. November 1911 wurde ich in Rzeszow geboren. In Zürich, wo ich mich seit meinem 5. Lebensjahr aufhielt, besuchte ich die Primarschule und das Literatur-Gymnasium, an welchem ich im Herbst 1930 die Maturitätsprüfung bestand.

An der Universität Zürich widmete ich mich von 1930 bis Sommer 1934 dem juristischen Studium. Nach mehrmonatigem Aufenthalt in Paris legte ich im Januar 1935 die Schlußprüfungen ab.

Druck der Buch- und Steindruckerei
ARNOLD WEISHUT
Wien, IX., Liechtensteinstraße 104-106